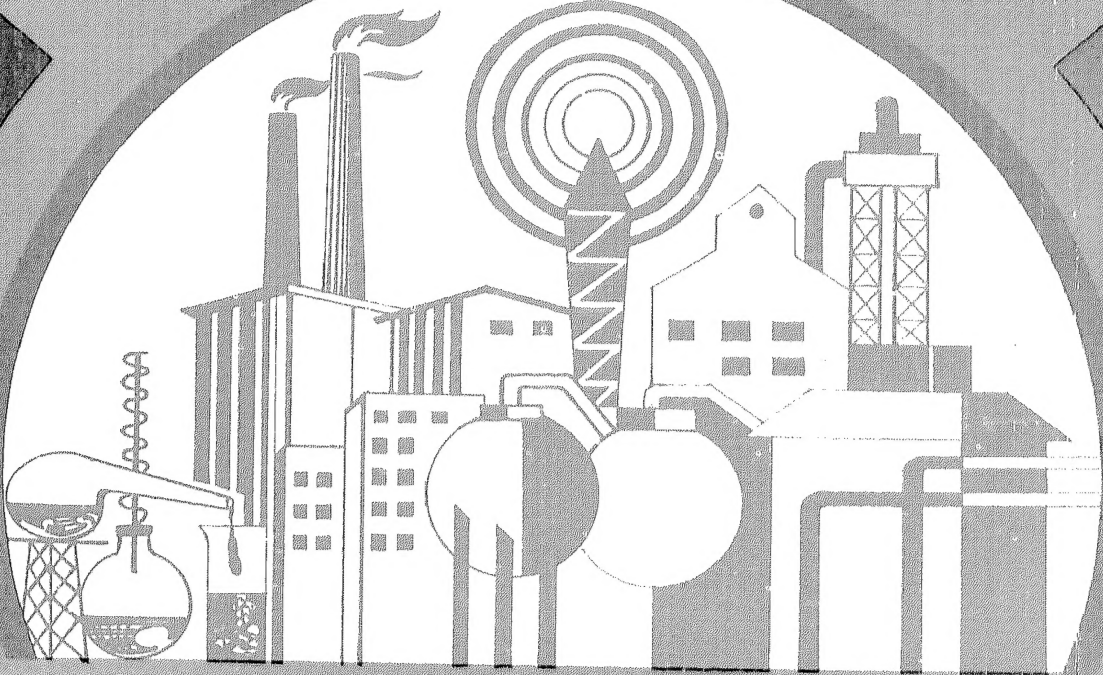


عقائد الاشتقاق

أو « عقد المقاولنة »
في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة



د. كاسب بن عبدالكريم البدران

رئيس قسم الثقافة الاسلامية واللغة العربية

كلية التربية - جامعة الملك فيصل

والباحث في الموسوعة الفقهية سابقا.

د. كاسب بن عبد الكريم البدران
رئيس قسم الثقافة الاسلامية
واللغة العربية
كلية التربية - جامعة الملك فيصل

عَقْدُ الْإِسْتِصْنَاءِ

أو « عقد المقاوله »

في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة

طبعة جديدة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الطبعة الأولى عام ١٣٩٨هـ / ١٩٧٩م
الطبعة الثانية عام ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م
حقوق الطبع محفوظة

بسم الله الرحمن الرحيم

تقريظ *

مما لا ينسى أبدا ومما لا يجهل أبدا ما نراه ونقرؤه من قفزات جامعاتنا .. وتطورها بحيث بدأت توجد مجالات واسعة وحقوقا نافعة ينفذ منها الدارس الى أعماق علوم اللغة والدين والشريعة .. ينال ابن البلد رسالة الماجستير والدكتوراه في بلده وجامعته بدلا من دراسته في بلاد أخرى .. وهذا لاشك كسب للبلاد وبناء للأفكار وتفذية للعقول ولتكون الجامعة معينا عذبا ينهل منه الطالب الجاد ذو الهدف الأسمى والغاية المثلى .. ان هذه الرسائل التي بذل فيها الجهد وأمضى فيها الدارس سنوات سواء كان هنا أو هناك في أى بلد تتوفر فيه المراجع والدراسة ..

ان هذه الرسائل مع الأسف تضيع في تلافيف الاختبارات ورفوف المكتبات يعلوها الغبار ...

وعلى الجامعة والطالب معا أن يتعاونوا في طباعتها لأنها جهد مشرف لا يوجد في كتاب ولكنه منقول من عشرات الكتب ..

.. واليوم نصل الى رسالة في « عقد الاستصناع » دراسة مقارنة للطالب كاسب بن عبد الكريم البدران في معهد القضاء العالي في جامعة الامام محمد بن سعود .. قرأت هذه الرسالة التي حوت مالد وطاب في هذا الباب — تقع في أكثر من « ٢٥٠ » صفحة من القطع الكبير . اخذها من عشرات المراجع وبها عشرات الأبواب والمباحث ومكتباتنا الاسلامية في أمس الحاجة اليها ..

الشيخ عثمان الصالح

رئيس تحرير مجلة البحوث الاسلامية

الرياض

مقدمة الطبعة الأولى

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام
على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ..
وبعد :

فبعمونه تعالى وتوفيقه ، اخترت الكتابة في
عقد الاستصناع في الشريعة الإسلامية كي
أحصل بما سأقدمه في هذا البحث المتواضع على
درجة « الماجستير » من المعهد العالي للقضاء
.. وهذا هو المتبع في المعهد العالي للقضاء لمن
أراد الحصول على الماجستير .

ان هذا الموضوع طالما فكرت فيه لما هو واقع في معاملات الناس
اليوم ، ولقد وجدت أن كثيرا من معاملاتهم الحاضرة تقوم على طلب
الصنعة . فاستشرت كثيرا من العلماء عن هذا الموضوع وجدوى دراسته
مع قلة المصادر فيه عموما . وخاصة عند المذاهب الثلاثة (المالكية ،
الشافعية ، الحنابلة) فأشاروا على بدراسته وأن العبرة هي في اخراج
فكرة عن الموضوع اخراجا يبين فيه رأى الفقه الاسلامى في معاملة جرى
العرف الآن على التعامل بها أفرادا وشركات وحكومات . وليست العبرة
بكثرة الصفحات . فهناك موضوعات يمكن أن تسود فيها مئات الصفحات
بالمداد دون ان تكون ذات نفع كبير .

ونحن نعرف أن ما يستجد من حضارة صناعية وتجارية يحتاج الى
الضبط بمعيار فقهي اسلامى دقيق ، يعين الناس على الاستقرار في هذه
الحياة .

والاستصناع بعد تطور الحياة ونمو الحضارة وشمول النهضة
الصناعية جميع الدول كبيرها وصغيرها أصبح موضوعا هاما يجب
العناية به ، تنظيمها وتكييفها حتى يؤدي دوره في خدمة الانسانية .

فالمصانع الكبيرة والصغيرة بكامل دورة الحياة فيها من انشاء
المصنع حتى التسويق ، تحتاج الى تشريع ينظم حقوق عمالها وأصحاب
رؤوس الأموال فيها ، ويحفظ كذلك حقوق المتعاملين معها . لئلا تكون
الصناعة سببا في سيطرة وتنافس قاتلين ، سواء على مستوى الافراد
او الجماعات او على مستوى الحكومات في بعض الحالات

وليس هناك من تشريع غير الاسلام نظم التعامل بهذا الأسلوب تنظيميا
دقيقا . ضبط فيه حقوق الصانع والمستصنع .

ولهذه الأسباب وغيرها اخترت تحمل المشقة في بحث هذا الموضوع
لأضع لبنة مع غيري في ايجاد توضيح له أروى به ظمأ المتعطشين
الى معرفة الحق بدلا من التهافت على سراب النظم الغربية والادعاء
بدعوى باطلة ضد الاسلام .

فعمزمت وتوكلت على الله سبحانه على الكتابة بهذا الموضوع الذى
تعامل به المجتمع منذ القدم وازداد هذا التعامل في وقتنا الحاضر زيادة
كبيرة خاصة وأن ما تعومل به بين البلدان يزد من ضخامة التعامل .

فسهولة المواصلات زادت من هذا التعامل الخارجى الذى هو الشغل
الشاغل لكثير من المسلمين في تنظيم التجارة . وقد قمت بدراسة الاستصناع
في النظام الوضعى فقها وقانونا ، وأكثر ماركزت على القانون المدنى المصرى .
وبينت موقف النظم الوضعية من الاستصناع وناقشتها ، وقارنت بينها .

ان ابراز هذا النوع من التعامل للمجتمع انما هو خدمة للاسلام وابرار
لما احتوته كنوز الفقه الاسلامى .

وازاحة الستار عن هذه الثروة الفقهية الفذة التى هى بعض ما أرسنه
هذه الشريعة الغراء من نظم كفيلة بسعادة البشرية في كل زمان ومكان
الى أن يرث الله الأرض ومن عليها .

خطة البحث :

سأسير في دراستى للاستصناع على الخطة التالية :

افتتح رسالتى بتمهيد أتعرض فيه بصفة عامة عما يلي :

الفصل الأول : عن العمل والاستصناع . أتكلم فيه عن أهمية العمل
في الشريعة الاسلامية ومكانة الاستصناع من العمل . ثم أعطى لمحة

تاريخية عن الاستصناع والهدف من المعاملات في الاسلام وأبين منزلة الاستصناع بين الشريعة الاسلامية والنظم الوضعية .

وفي الفصل الثاني . . سأدرس مدى حرية المكلف في انشاء العقود وهل هو حر في انشاء ما يريد من العقود ؟ أم حريته مقيدة باذن الشارع الحكيم . . ورأى النظام الوضعي في مدى حرية المكلف في انشاء العقود .

أما الفصل الثالث . . فسيكون البحث فيه عن التعاقد على المعدوم . . وهل يجوز التعاقد على المعدوم أم لا يجوز ؟ واختلاف الفقهاء المسلمين . . ورأى النظام الوضعي به . . ودراستنا له لأن عقد الاستصناع قائم على أساس التعامل بشيء غير موجود وقت التعاقد . . فأتينا للبحث وإكمالاً لموضوع الرسالة قمنا بدراسته .

وسأقسم الموضوع الى ستة أبواب :

أبحث في الباب الأول . . مفهوم الاستصناع . . وهل هو عقد أم وعد ؟ وسأجعل هذا الباب ثلاثة فصول : أخصص الفصل الاول : في الكلام عن مفهوم الاستصناع في اللغة والاصطلاح ، وفي اصطلاح النظم الوضعية . . أما الفصل الثاني : فيكون في الجواب عن التساؤل التالي : هل الاستصناع عقد بيع أم وعد بالبيع ؟ وفي الفصل الثالث : أتكم عن تعريف العقد بصورة عامة . . وذلك بعد أن نعرف أن الرأي الراجح هو أن الاستصناع عقد لا وعد .

أما الباب الثاني : سأبحث فيه حكم عقد الاستصناع عند الحنفية والذين جعلتهم من أصحاب الاتجاه الأول . . وحكمه عند المذاهب الفقهية الثلاث (المالكية ، الشافعية ، الحنابلة) وسيتم أصحاب الاتجاه الثاني . . ثم حكمه عند الظاهرية والشيعة الجعفرية . وأخيراً حكمه عند أصحاب النظم الوضعية .

وفي الباب الثالث : سيكون بحثنا في تكييف عقد الاستصناع . . هل هو عقد بيع ؟ أم عقد سلم ؟ أم اجارة ؟ أم يجمع بين بعضها البعض . . وهذا يكون عند الحنفية أولاً ثم النظام الوضعي ثانياً .

أما الباب الرابع : فأبحث فيه المقومات للعقود جميعها بصورة عامة والاستصناع في صورة خاصة . . وأبحث في شروط العقد بصورة عامة للاستصناع وغيره من العقود . وشروط الاستصناع خاصة .

وفي الباب الخامس : سيكون البحث عن اللزوم وعدم اللزوم في عقد الاستصناع . وعليه .. سأقسم هذا الباب الى ستة فصول : أبحث في الفصل الأول موقف الاستصناع من العقود المسماة . وفي الفصل الثاني : عن تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه عند أصحاب الاتجاه الأول ومنزلة الاستصناع منها . ولما كان الاستصناع يمر بمراحل ثلاث حتى يتم عقد الاستصناع بوجهه الأكمل .. لذا سأتناول هذه المراحل . وهل الاستصناع لازم لحق الطرفين أم غير لازم . أم لازم بحق أحدهما دون الآخر ؟ كل هذا في الفصل الثالث .. أما الفصل الرابع : فسأبين فيه رأيا مستقلا يرى أن الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته .. وفي الفصل الخامس أبحث عن آثار عقد الاستصناع وفي آخر هذا الباب سيكون البحث عن رأى النظام الوضعى في عقد الاستصناع هل هو لازم أم غير لازم ؟

وفي الباب السادس : يكون البحث فيه بأمور تتعلق بعقد الاستصناع كخيار الرؤية وخيار العيب .. والتنازع بين طرفي عقد الاستصناع . وهل للظروف الطارئة أثر فيه ؟ وبعد ذلك أتكلم عن الشرط الجزائى في عقد الاستصناع ورأى المعاصرين فيه .. والذى اخترت منهم الشيخ عبد الله آل محمود كنموذج للمعاصرين الذين تكلموا عن الاستصناع . وفي تطبيق هذا العقد على الواقع .. اخترت عقودا داخلية ، وعقدا خارجيا لكى أضعها في بحثى كدراسة تطبيقية .. وأخيرا أبحث ما ينتهى به عقد الاستصناع ..

وفي ختام هذه المقدمة .. وقبل الشروع في البحث أتقدم بخالص الدعاء للأستاذ المشرف الشيخ / أحمد محمد الحصرى .. الذى ما فتىء يعطى من وقته الكثير ولم يجعل الوقت الرسمى هو الكافى لعطائه .. بل فتح بابه لكل مرة أريد التباحث معه .

وأشكر القائمين على أمور المعهد والجامعة لما أعانوني عليه في إتاحة الفرصة أمامى للبحث والمتابعة داخل المملكة وخارجها .. فجزاهم الله هنا خير الجزاء .. والله يوفقهم لما يحبه ويرضاه .

والله الموفق والمعين على كل حال ..

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

كاسب بن عبد الكريم البدران

الرياض في ٦ ربيع ثان سنة ١٣٩٨

مقدمة الطبعة الثانية

الحمد لله والصلاة على رسول الله وبعد فاني قدمت للمكتبة «عقد الاستصناع» لما لـه من أهمية في الحياة الاقتصادية للعالم الاسلامي وترقبت كل ما يرد لي من ملاحظات حول هذا البحث ولكنها لم تكن كثيرة فلم أتشجع لاعادة طبعه مرة اخرى خلال السنوات الخمس التي مرت على الطبعة الأولى حيث كانت ١٣٩٠هـ. الا ان البحث - في عقد الاستصناع أو كما يسمى عند البعض وكمصطلح حديث قريب اليه هو «عقد المقاوله (١)» - في الموسوعة الفقهية التي تصدرها وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية بالكويت والتي عملت بها كباحث فقهني زادني اطلاع على هذا العقد فكتبت خلاصة عنه في الموسوعة المذكورة. بحرف «الهمزة» ونفاذ النسخ بالاسواق كل هذا حفزني لاعادة طبع الكتاب فلعلني أجد ملاحظات اخرى من العلماء لدراستها وضافة ما يفيد البحث في الطبعات المقبلة بعونه تعالى وكلي أمل ان تصلني تلك الملاحظات القيمة والله أسأل ان يسدد خطا الجميع لخدمة الاسلام والمسلمين

والله الموفق

الدمام في ٨ / ١١ / ١٤٠٤هـ

د. كاسب بن عبدالكريم البدوان

رئيس قسم الثقافة الاسلامية واللغة العربية

جامعة الملك فيصل ص.ب ١٩٨٢

الدمام ٣١٤٤١

الباب التمهيدي

**

الفصل الأول : العمل والاستصناع.

الفصل الثاني : مدى حرية المكلف في إنتساب العقود.

الفصل الثالث : التعاقد على المدوم.

الباب التمهيدي

الفصل الأول : العمل والاستصناع

* المبحث الأول : أهمية العمل في الشريعة الإسلامية :

ان هذه الحياة التي تسير في هذا الكون ، والتي نحن بحاجة الى معرفة أسرارها ، وما يدور فيها من أحداث . تستدعى منا التدبر والتفكير بها . فقد أمرنا الله سبحانه وتعالى مما أمرنا به السير في الأرض ، وان نتدبر .

والحياة لم تكن عند العرب خاصة والعجم عامة على وتيرة واحدة من النظم ، فالجاهلية غمرت العالم قبل الاسلام ، فجاءت نظم الاسلام لتقوض اركان الجاهلية الاولى اما بالغاء أو بالتعديل أو باقرار بعضها دون البعض الآخر .

فبالاسلام وجد الحل الذي به تسير الحياة الانسانية على منهج قويم وتصور عظيم للكون . . وبهذا تكون ويتكون المجتمع الاسلامي اذا كان وفق هذا المحور لايجاد عنه (١) .

وعمل الانسان المسلم في الحياة غالبا ما يكون ذا نمطين ، النمط الاخرى في مجال الدعوة والامر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، وغير ذلك . والنمط الدنيوي الخاص بسد حاجته . . الا أنه لاينفصل عن الاول لانه يريد به وجه الله والنتيجة الحسنة بالآخرة .

وببحثنا هذا سنحاول التمعن في أفق معين من الحياة العملية للانسان ألا وهو العمل اليدوي المرتبط بالآخرين لسد حاجاتهم المعيشية في كل مجالاتها .

وهذا العمل يحتاج الى دراسة وتنظيم وتشريع يحدد الصالح منه ويبين الجائز وغير الجائز .

(١) الاسلام ومشكلات الحضارة — سيد قطب ص ٢ .

العمل هو وسيلة التملك ، ووسيلة تنمية الثروة (٢) .. أو هو الجهد الذى يبذله الانسان — بدنيا كان أو ذهنيا ، أو هما معا — فى استثمار ما سخره الله لنا من خيرات (٣) .

قال الله تعالى : (ومن أحسن قولا ممن دعا الى الله وعمل صالحا وقال اننى من المسلمين) (٤) .. غالاية تبين أن العمل شامل للعمل المادى والدينى الذى هو تنفيذ أحكام الشريعة الاسلامية (٥) .

والعمل المادى يدخل فيه العمل الصناعى فى جميع نواحيه الذى هو كسب الرجل بيده أو بعقله أو بهما معا .. روى أن الرسول صلى الله عليه وسلم عندما سئل عن أفضل الكسب قال : « بيع مبرور وعمل الرجل بيده » (٦) .. وهو نعمة . قال تعالى : (ليأكلوا من ثمره ، وما عملته أيديهم أفلا يشكرون) (٧) .. والشكر على النعمة يقتضى حفظها . ولا يكون هذا الحفظ تاما الا اذا اقتنع الانسان المسلم بأن للعمل دورا بارزا فى شريعته . والعمل له شأن كبير فى تحسين المال وحيازته واستثماره مما له مكانة عظيمة فى الحضارة الاسلامية .. لهذا نجد أن الآيات التى وردت فى القرآن الكريم والتى تحدثت عن العمل أكثر من ثلاثمائة آية (٨) .. ودعوة الاسلام للعمل نابعة من أهميته .

فبالعمل يتم الانتاج ، وبالععمل يزداد هذا الانتاج ، وتتحقق العدالة الاجتماعية ، فيتحقق الأمن والرخاء للأمة .

وما يضاد العمل كالكسل ، والخمول ، والبطالة ، يلقى ذما كبيرا فى الاسلام (٩) وكذلك الكسب الحرام .. مع أنه عمل .. الا أنه مذموم أيضا .

(٢) معركة الاسلام والراسمالية — سيد قطب ص ٤٥

(٣) الاقتصاد الاسلامى — ابراهيم الطحاوى — ج ١ ص ٢٣٦ .

(٤) سورة فصلت / آية ٣٣ .

(٥) اشتراكية الاسلام — مصطفى السباعى — ص ١٥٤ .

(٦) مسند الامام اجيد — مجلد ٣ ص ٤٦٦ .

(٧) سورة يس / آية ٣٥ .

(٨) انظر المرشد الى آيات القرآن الكريم وكلماته — محمد فاروق بركات ص ٢٤٣ الى ٢٤٦ .

(٩) انظر الاقتصاد الاسلامى للطحاوى ص ٢٣٧ .

والعمل أو الكسب متنوع في الحياة وله مجالاته المختلفة التي لا حصر لها فقد يكون العمل زراعيا ، وهذا العمل الزراعى قد يكون في النهاية صناعيا بأن تصنع المزروعات للبيع فيما بعد .

وقد يكون صناعيا محضا وهو في هذه الحياة يتنوع تنوعا كبيرا وخاصة في قرننا هذا الذى ما فتىء العقل البشرى يفكر ويخترع لتطوير الحياة .. فاحتاجت الحياة الى تنوع الصناعات على وفق الحاجة الماسة لها .. فمن الحاجيات البسيطة المصنعة باليد أو الماكينة البسيطة الى الآلات الدقيقة والى مالا نهاية من الحاجيات التى زاد الطلب عليها حتى وصلت الى المركبات الفضائية .

فالاسلام يحيط العمل بقداسة ، ويمنح اليد التى تزاول العمل كل توقير وتعظيم .. جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « خير الكسب كسب يد العامل اذا نصح » (١٠) ..

وجاء أيضا عنه عليه الصلاة والسلام قوله : « ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده » ، وأن نبى الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده » (١١) ..

فهذه الأحاديث وغيرها دالة كل الدلالة على مدى الاهتمام الذى يوليه الاسلام للعمل .

لهذا كله وجدنا فقهاء الاسلام على مر العصور يدرسون هذه الأمور وما يترتب عليها من قضايا حتى (١٢) أن بعض فقهاء الاسلام جعل للعامل الحق فى الحصول على نصف الربح — ان كان يعمل عند رب عمل صناعى أو غيره — الذى يحصل عليه من الانتاج .

والمبدأ العام الذى يجعل للحاكم أن يستجد من الأحكام بقدر ما يجد من الاقضية يجعل للدولة من حقوق التشريع العمالية ماتراه دائما وفق مطالب المجتمع المتجدد ومبدأ المصالح المرسلة (أى مصالح المجتمع التى لم يرد بها نص) ، ومبدأ سد الذرائع (أى توقي الأخطار المحتملة) كفيلا بمنح الدولة كل الحرية فى التشريع وفق مقتضيات الأحوال ، وفى حدود القواعد الأساسية للاسلام (١٣) .

(١٠) رواه احمد فى مسنده — الجزء الثانى من ٣٣٤ ، ٣٥٧ .

(١١) رواه البخارى — فتح البارى — الجزء الخامس من ٢٠٩ .

(١٢) معركة الاسلام والراسالية من ٥ وما بعدها

(١٣) نفس المصدر السابق من ٤٥ .

ولم يغفل فقهاء الاسلام عن ربط العمل بالعقيدة ، لأن كلا من العمل والعقيدة متلازمان ، وبالعقيدة علاج المجتمع وذلك بوجوب ملء النفس بالعقيدة الدافعة ، العقيدة التى تملأ فراغ النفس وخوائها ، وترفعها الى الله ، وتجعل للفرد هدفا اكبر من ذاته هو ذلك المجتمع الذى يعيش فيه ، وتلك الانسانية التى هو منها (١٤) .

وقد فطن الاسلام الى أهمية العقيدة فى تكييف علاقات الناس الواقعية المتجددة .. ولكن أكثر الناس ممن يدعون الاسلام ، وبحماسة غيبية لم يفتنوا الى الذى فطن اليه الاسلام وبينه وصاغ نظامه على أساسه .. عقيدة تتمثل فى شريعة وشريعة هى تفسير وتحقيق لهذه العقيدة .. ووحدة شعورية تشريعية تتألف منها حياة واقعية ممثلة فى العقيدة والسلوك والعبادات والمعاملات ، وفى السرائر والجوارح وفى الأفراد والمجتمعات (١٥) .

اذن .. ما هى نتائج ارتباط العقيدة بالعمل ياترى ؟

لا بد من نظرة فاحصة لهذا الارتباط ، فلو تتبعنا التاريخ لوجدنا أن المقياس يدلك على أن الاتقان فى العمل والزيادة فى الانتاج هما أعلى الدرجات .

لم لا .. والاسلام يحث على الاتقان فى العمل وهى مسئولية كل من يعمل قال تعالى : **(ولتسئلن عما كنتم تعملون)** (١٦) .

وما أدراك اذا ماكان الاتقان بالعمل ، وزيادة الانتاج الصناعى حييؤدى الى نظرة الناس فى العالم كله الى الاسلام ذلك الدين السماوى ذى المكانة العالية .. ليكون لهم قدوة فى هذا العالم المادى .. فعندها يعتبر المكان الذى طبق به كبقعة مثالية يقتدى بنظامها .. وهذا نوع من أنواع الدعوة الى الله عز وجل .

لم لا وعصرنا عصر الاتقان ، أو مايسمونه فى الوقت الحاضر باللاتينية (تكنولوجيا) أى (علم الاتقان) .. وامة الاسلام هى أولى بالتمسك بهذا العلم الذى يدعو اليه دينهم . فبهذا الاتقان تحل مشاكلهم مع الأعداء

(١٤) نفس المصدر السابق ص ٥٠ .

(١٥) معركة الاسلام والراسمالية ص ٥٧ .

(١٦) سورة النحل - آية ٩٣ .

الذين يتربصون بهم الدوائر فيقطعون عنهم ما هم بحاجة اليه من عدد للحرب أو البناء في السلم (واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لاتعلمونهم الله يعلمهم) (١٧) .

فالقوة هي كل شيء بعد رسوخ العقيدة لمحاربة الأعداء بأنواع الأسلحة ، فبالصناعة نستطيع فعل الأسباب للوصول الى الهدف

* المبحث الثاني : لمحة تاريخية عن الاستصناع :

بعد هذا كله .. لابد أن نبرز نقطة مهمة في دراسة الاستصناع وهي .. هل الاستصناع كان موجودا منذ القدم وإلى الآن .. أم لم يكن كذلك ، وانها هو أمر جديد حدث بعد الاسلام ؟ .

الاستصناع لغة طلب الصنعة كما سنبينه فيما بعد .. وطلب الصنعة سواء كان على صورة الاستصناع الذي هو محل بحثنا على وجه مخصوص .. أم عن طريق الإجارة ، أو التعاون ، أو الهبة ، أو الهدية .. وهذا ليس ببعيد في سابق الأزمان حيث كان الناس يتعاونون فيما بينهم ، ولا يعيرون للمال أهمية .. فكل من في القبيلة أن استطاع عمل شيء يمكنه أن يعد نفسه لذلك .. فيأتي القوم يطلبون منه ذلك المصنوع ، وهو بالمقابل يحصل على ما يريد بسرعة .. فهذا هو التعاون القائم على البساطة .

وما يعمل به الناس انما هو لسد حاجاتهم في أغلب الأحوال ، فتراهم يحكمون عقولهم في تلبية رغباتهم ورغبات غيرهم من ملابس ومأكل ومشرب ، ومركب ومرصد .. وهذه تحتاج الى مهارات عالية .

لم تقتصر على عصر دون عصر ، فمنذ الخليقة والبشر يصنعون حاجياتهم وفق قدرتهم ، ومدى حاجتهم المتكررة والمتطورة من وقت الى آخر . والمختلفة من مكان الى آخر .

فلنأخذ مثالا على ذلك .. هو اللباس ، فقد كان البشر على ما يذكر لنا التاريخ يلبسون ورق الأشجار ، ثم تطورت صناعة الملابس الى أن أصبحت مادة الخام هي القطن مثلا ، وذلك بأن حاكوها ولونوها لتكون

(١٧) سورة الانفال -- آية ٦٠ .

لباسا يستقرون به .. وكذلك النار بدىء بها بضرب حجر بحجر فجاء
الكبريت ليحل محله .

افن .. فالصناعات قديمة قدم البشرية الاولى .. فنبى الله داود
عليه السلام كان يأكل من عمل يده (١٨) ، وعمل اليد يشمل امورا كثيرة
منها العمل الزراعى والصناعى .

ذكر لنا ابن حجر (١٩) نوع عمل داود عليه السلام بأنه كان زراعا ..
فهو عمل يدوى صناعى .. وقبله آدم — عليه السلام — كان حراثا ، وكان
نوح نجارا ، وكان ادريس خياطاً ... الخ .

واستمرت الحال الى عهد الرومان والفرس ، فقد ثبت بالتاريخ أن
الصناعة كانت موجودة عندهم .. ومن تعامل العرب مع الروم والفرس
ونقل حضارة الدولتين للعرب يدلنا على أن الروم والفرس قد عرفوا
ببراعتهم فى الصناعة .

وبعد ذلك فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الى عصور متأخرة :
ثبت وجود الاستصناع على ما نراه فى كتب الحنفية .. فقد قال فقهاء
الحنفية ذلك (٢٠) .. ومن ذلك ما ذكره السرخسى (٢١) أن الناس تعاملوا
الاستصناع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من
غير نكير .

وكان المنطق السليم — والنبي صلى الله عليه وسلم يحذر (٢٢) من
الاقتصار على الزراعة أو تجاوز الحد فيها عن المقدار اللازم — أن يتوجه
نشاط الافراد الاقتصادى الى أنشطة أخرى فى مجالات كثيرة كالتجارة
والصناعة وغير ذلك .

ومن ثم نجد القرآن الكريم قبل ذلك يعنى بتوجيه المسلمين الى ممارسة
الصناعة بثتى أنواعها وبمختلف خاماتها سواء كانت مستخرجة من باطن
الأرض أو من أشجارها أو من حيواناتها أو من غير ذلك .

(١٨) المراد به حديث المقداد — رضى الله عنه — عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
« ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده » ، وإن نبى الله داود عليه
السلام كان يأكل من عمل يده » .. رواه البخارى — فتح البارى ٥ — ٢٠٩ .

(١٩) انظر فتح البارى — جزء ٥ من ٢١٠ .

(٢٠) انظر البدائع للكاسانى — جزء ٦ من ٢٦٧٨ ، انظر فتح القدير — ج ٥ من ٣٥٥ .

(٢١) انظر المبسوط — ج ١٢ من ١٢٨ .

(٢٢) أقصد به ما رواه ابن عمر (رضى) عن النبي (ص) أنه قال : إذا تباعتم بالمعينة وأخذتم
أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى
ترجعوا الى دينكم « منقضى الاخبار مع نيل الاوطار ٥/٢٣٢ .

والحديد تلك المادة الخام المهمة في الحياة حربا وسلما .. وهي اصل الصناعات (وانزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس وليعلم الله من ينصره ورسله بالغيب ان الله قوى عزيز) (٢٣) . لازالت تحتفظ بقيمتها في كبر من الصناعات المفيدة .

ومن المواد الخام .. النحاس ، والنفط ، والرصاص ، والقطن ، والصوف (وعلمناه صنعة لبوس لكم لتحصنكم من بأسكم فهل أنتم شاكرون) (٢٤) .. وقول البعض اطلبوا الرزق تحت خبايا الأرض (٢٥) .. ولا يكون هذا الا بالصناعة .

وهناك النباتات كالتمر (ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا ان في ذلك لآية لقوم يعقلون) (٢٦) .. فكثير من الصناعات الآن تقوم على ثمر النخيل والأعناب وغيرها من النباتات .

وقوله تعالى : (ويصنع الفلك وكلما مر عليه ملأ من قومه سخروا منه قال ان تسخروا منا فانا نسخر منكم كما تسخرون) (٢٧) .. يبين لنا نوعا من أنواع الصناعات المتعارفة عند السابقين ألا وهو صناعة السفن .

فهذه الدلالات كلها عن شرع من قبلنا تعد تقريرا على أن شرع من قبلنا شرع لنا .. ولا سيما اذا ورد في شرعنا مدحه وتحسينه مع عموم قوله تعالى : (أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده ، قل لا أسألكم عليه أجرا ان هو الا نكرى للعالمين) (٢٨) .. وأن ذكر الشيء بدليله أوقع في نفس سامعه (٢٩) ، وجاء أبو حنيفة في العصر العباسي فوجد الناس يتعاملون في الاستصناع وهو التاجر في السوق غدرس هذا التعامل من كل جوانبه فخرج على ما هو عليه في كتبهم .. ثم جاء العثمانيون فزادوا عليه ما وجدوا من كثرة التعامل نوعا وكما ، ونحن في عصرنا الحاضر من منا لم يتعامل بالاستصناع ؟

(٢٣) سورة الحديد — آية ٢٥ .

(٢٤) سورة الأنبياء — آية ٨٠ .

(٢٥) انظر الاقتصاد الاسلامي للطحاوي — جزء ١ من ٢٥٨ .

(٢٦) سورة النحل — آية ٦٧ .

(٢٧) سورة هود — آية ٢٨ .

(٢٨) سورة الأنعام — آية ٩٠ .

(٢٩) انظر فتح المباري — جزء ٥ من ٢١٠ .

أكثرنا يتعامل بلا شك ، فمن هذا كانت لدى الرغبة بدراسة الاستصناع كبداية للطريق .

الاستصناع نوع من أنواع المعاملات الشرعية .. والمعاملات ذكرنا سابقا بأنها ترتبط بالعقيدة الإسلامية ارتباطا عظيما .. فالشريعة إيمانية ، والغرض المهيمن عليها هو تنفيذ ما أمر الله سبحانه وتعالى به ، وما نهى عنه .

* الهدف من المعاملات في الاسلام :

المعاملات في الاسلام (٢٠) ليس الهدف منها انطلاق الأفراد في تحقيق مصالحهم الخاصة فقط .. وإنما الهدف الأساسي .. هو إقامة المصالح الشرعية للجميع ودرء المفاسد عنهم .

فالمعروف أن الغرض من الاتجار بالنظام التجاري الوضعي هو الربح والكسب فقط .. أما في الشريعة الإسلامية .. فهو جلب المصالح بتقريب السلع لطالبيها حفظا لضرورتهم ودفعاً للمفاسد عنهم .. وتسهيلا لحياتهم .. فمن ضمن هذه المصالح التي يطلبها الاسلام أن يسعى الفرد المسلم لرزقه حفظا لحياته ، وحياة أسرته ومجتمعه .

فالتزام الصدق في المعاملات ، وحسن المطالبة ، وحسن الوفاء ، وما يدور حولها من التزامات عديدة .. كعدم جواز بيع الأعيان المحرمة ، وعدم استصناع الضار ، أو المحرم أو عدم الإجارة على معصية .. كل هذه الأمور تختلف تمام الاختلاف عنها في النظم التجارية الوضعية . فالنظم الوضعية تقوم على تحكيم المصلحة الخاصة والمنافسة .. وبالتالي الانطلاق في حرية استقلال الموارد البشرية .

لهذا كله .. سأحاول دراسة حكم التعامل بين الناس في العقود بصورة عامة وهل هي مباحة في الأصل أم محرمة إلا إذا دل دليل على غير ذلك .. وبما أن عقد الاستصناع عقد على معدوم .. فسأتناول حكم التعاقد على المعدوم .

* المبحث الثالث : الاستصناع بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية :

مهما قلنا وتكلمنا عن مكانة الشريعة الإسلامية بالنسبة للنظم الوضعية فهو قليل وكيف نقارن ما جاء به الله وما وضعه البشر ؟ لا .. لا يمكن ذلك

(٢٠) انظر حاشية للدكتور/مصطفى كمال ومضى على الشرح الصغير للدردير- جزء ٣ ص ٥ .
وانظر أيضا معركة الاسلام والراسبالية ص ٥٨ وما بعدها .

ونحن مقتصرون جدا أمام هذا الموضوع والأمثلة على عظمة الشريعة الإسلامية كثيرة في مصادرها . وأولها القرآن الكريم تلك المعجزة العظيمة التي أبهرت أبلغ العرب سابقا وأفصحهم . فكيف بعرب اليوم ؟ وآخرها جهود المجتهدين .. الفقهاء منهم والمفسرين والمحدثين وغيرهم في دراسة الحياة الاقتصادية كانت أم اجتماعية أم ثقافية أم عسكرية .. وليس لدى في هذه العجالة إلا أن أذكر ماهو من صلب موضوعي (عقد الاستصناع) .

أذكر من هذا .. أن الاستصناع درس دراسة مستفيضة في عصر العباسيين كعقد مستقل باسمه .. وبفضل جهود ذلك العالم المجتهد أبي حنيفة النعمان الذي توفي في النصف الأول من القرن الثاني للهجرة أى في أواخر القرن الثامن للميلاد .. وكانت الصناعة لم تصل يومها الى ما وصلت اليه في عصر النهضة الصناعية المتأخرة في أوربا من تطور .

قال داغيد (٢١) يمكن أن ندهش أمام انتشار عقد الاستصناع من عدم وجود تنظيم لهذا العقد في التقنين المدني الفرنسي ، ولكن يعزى ذلك الى أن أصحاب هذا التقنين في سنة ١٨٠٤م لم يكونوا يعرفون هذا العقد، نظرا لأن الصناعة والعقود الواردة في نطاقها المحلى كانت محدودة بحيث لم يظهر هذا النوع من العقود .

نعم في سنة ١٨٠٤م كانت النظم الوضعية لاتزال قاصرة عن دراسة ذلك العقد الذي اهتم به الفقه الاسلامي اهتماما عظيما منذ القرن الثامن للميلاد .. أى قبل حوالي عشرة قرون كان عقد الاستصناع قد اهتم به فقهاء المسلمين .. فماذا نسمى هذا الاهتمام ، وماذا نسمى ذلك الاهمال .. أيها القارئ سم هذا الاهتمام وذلك الاهمال بما نسمى به .. غالله قادر على كل شيء وهو القائل : (اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا (٢٢)) .

أنت تستطيع الإجابة عن هذا التساؤل بكل تأكيد .. انه عظمة الاسلام وكماله وصلاحه لكل وقت ومكان .

(٢١) رسالة الاستصناع — داغيد فرانسكو

Le Marcheafçon - François David

رسالة للدكتوراه من باريس سنة ١٩٢٧ م . ص ٤ .

(٢٢) سورة المائدة — آية ٣ .

الفصل الثانى : مدى حرية المكلف فى انشاء العقود

* تمهيد :

هل المكلف حر فى انشاء ما يريد من العقود ؟ سواء منها ما هو متعلق بالمعاملات أو بالأبضاع أو بغيرهما .. أم أن حرىته فى هذا السبيل ليست مطلقة ينشئ ما يشاء من العقود ، بل هى حرية مقيدة بأذن الشارع الحكيم .

اختلفت آراء الفقهاء فى هذا الموضوع .. وفيما يلى موجز عن هذه الآراء تحقيقا للفائدة واستطرادا لما هو مئتم لرسالتى موضوع المناقشة.

* المبحث الأول :

مجل الآراء حول الموضوع :

أن مجمل ما يمكن القول فيه فى رأى الفقه الاسلامى فى سلطة ارادة المكلف وحرىتها فى انشاء ما ترغب فيه من عقد يمكن حصره فى رأيين مشهورين هما :

الرأى الأول : هو أن الأصل فى العقود والشروط الإباحة إلا ماورد عن الشارع الكريم نص بتحريمه .. وذهب الى ذلك فقهاء الحنفية ، والشافعية ، والمالكية ، وقال به ابن تيمية (١) .. وله فى ذلك بيان واضح أيد فيه هذا الرأى بالدليل من الكتاب والسنة والمعقول ورد على من قال بعكس هذا الرأى ، وبين بطلانه ورجحان ما ذهب اليه وسيأتى الرد على ما ذكره ابن تيمية فى نسبته هذا الرأى لجمهور الفقهاء أن شاء الله .

الرأى الثانى : أما الرأى الثانى فى هذا الموضوع فهو أن الأصل فى العقود والشروط الحظر إلا ماورد عن الشارع إباحته وقال بهذا الرأى الظاهرية كما نسب ابن تيمية القول به الى الحنفية فقال : وأصحاب هذا القول هم :

(١) ابن تيمية شيخ الاسلام أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبى القاسم الخضر النهري الحراني الدمشقي الحنبلي أبو العباس تقى الدين ابن ببيعة — ولد فى حران سنة ٦٦١ هـ — مات معتقلا بقلعة دمشق سنة ٧٢٨ هـ الاسلام للزركلى ج ١/ ١٤٠ .

(٢) انظر للقواعد النورانية ص ١٨٤ وما بعدها وراجع الاحكام فى اصول الاحكام لابن حزم — جزء ٥ ص ٦ وراجع مجلة البحوث الاسلامية مجلد (١) عدد (٢) ص ٦٦ .

١ — أهل الظاهر .

٢ — كثير من أصول أبي حنيفة .

٣ — كثير من أصول الشافعي .

٤ — طائفة من أصول مالك وأحمد .

قال ابن حزم (٢) .. ان الأقوال في هذا الموضوع هما قولان ، وما عداهما فهو تخليط ومناقضات لا يستقر لقائلها على حقيقة (٤) .

وقال شيخ الاسلام ابن تيمية (٥) .. واصحاب القول الاول بأن الأصل في العقود والشروط هو الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل الا مادل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا عند من يقول به ثم أبان أصحاب هذا القول والذي يقول هو به فقال (٦) .. : أصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول — ومالك قريب منه .

وقال ابن تيمية مبينا من يرى أن الأصل في انشاء العقود هو الحظر والمنع الا ماورد عن الشارع إباحته فأسند هذا القول للأطراف الأربعة السابقة الذكر .

* رأى الحنفية :

قال الزيلعي (٧) في باب الربا لا نسلم ان حرمة البيع أصل ، بل الأصل هو الحل والحرمة اذا ثبتت .. انما تثبت بالدليل الموجب لها .. وهذا لأن الأموال خلقت للابتذال .. فيكون باب تحصيلها مفتوح ، فيجوز كل تصرف فيها مالم يقيم الدليل على منعه بخلاف النكاح بأن الملك فيه يرد على البضع .. وهو محرم فيناسبه التضييق اعزازا له بشرف الأدمى .

وقال الكاساني (٨) في باب الشركات .. ان هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجاتهم الى استئناء المال .. وهذا النوع (يقصد شركة العنان) طريق صالح للاستئناء .. فكان مشروعا .

(٣) ابن حزم — هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح ولد بقرطبة من بلاد الأندلس سنة ٣٨٤ وكان شافعي المذهب فانتقل الى مذهب

أهل الظاهر توفي سنة ٤٥٦ هـ — الأعلام للزركلي — جزء ٥ ص ٥٦ .

(٤) الأحكام في أصول الأحكام — ج ٥ ص ٦ وما بعدها — لابن حزم .

(٥) القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٨٤ وما بعدها .

(٦) نفس المصدر السابق .

(٧) تبين الحقائق للزيلعي — ج ٤ ص ٨٧ .

(٨) بدائع الصنائع للكاساني — ج ٨ ص ٣٥٨٨ .

وفى عقد المضاربة قال الكاسانى (٩) .. ان الناس يحتاجون الى هذا العقد أى (عقد المضاربة) لأن الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى الى التجارة ، وقد يهتدى الى التجارة لكنه لا مال له .. فكان فى شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ماثرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم .

فالعبارات السابقة تفيد ان فقهاء الحنفية يرون ان صحة التصرفات لا تتوقف على قيام الدليل الخاص الذى يدل على صحتها ، بل يكفى للحكم بصحتها ان تكون مشتملة على غائدة مقصودة ، وأن تكون محصلة للمصلحة مع انتفاء المانع الشرعى من الصحة .

✽ رأى المالكية والشافعية :

نقل عن فقهاء المالكية والشافعية عبارات تفيد أن الأصل فى الأفعال العادية (الأفعال التى ليست بعبادة) هو الجواز والإباحة ، وأنه لا يحرم شئ منها الا بدليل معين يدل على التحريم استنادا الى قوله تعالى: (هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا) (١٠) .

وفى الأم للشافعى (١١) .. أن أصل البيوع كلها مباح اذا كانت برضا المتبايعين الجائزى الأمر فيما تباعا . الا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها وما كان فى معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم باذنه داخل فى المنهى عنه .

وما غارق ذلك أبجناه بما وصفنا من اباحة البيع فى كتاب الله تعالى .

وذكر الشاطبى (١٢) .. أن القاعدة المستمرة بين العلماء هى التفرقة بين العبادات والمعاملات .. فالأصل فى الاولى الا يقدم عليها المكلف الا باذن .. اذ لا مجال للعقول فى اختراع التعبدات .. والأصل فى الثانية الإباحة حتى يدل الدليل على خلافه .

(٩) نفس المصدر السابق .

(١٠) البقرة آية ٢٩ .

(١١) انظر الأم للشافعى — ج ٣ — ص ٢ .

(١٢) انظر الموافقات للشاطبى — ج ١ — ص ٢٨٤ — ٢٨٥ .

* رأى الحنابلة :

معظم كتب الحنابلة تشير الأصول الواردة فيها الى القول بأن الاصل في العقود الاباحة .. الا مانهى الشارع عنه .. وقد صرح بذلك شيخ الاسلام ابن تيمية فيها سبق (١٣) .

وبعد هذا البيان الموجز لأشهر رأيين في المسألة المذكورة (مدى حرية المكلف في انشاء العقود) أذكر فيما يلي موجزا لما استدلل به أصحاب هذين القولين .

* المبحث الثانى :

أدلة القائلين بأن الأصل في العقود الاباحة الا ماورد النص بتحريمه استدلل لهذا رأى .. بالكتاب والسنة والمعقول على التفصيل الآتى :

١ — من الكتاب (١٤) :

أ — قال الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (١٥) .

* وجه الدلالة :

وجه الدلالة من هذا النص هو أن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعقود وهذا عام .. وكذلك أمر الوفاء بعهد الله وبالعهد .. وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل قوله تعالى : (ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل) (١٦) .. فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه .. وان لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد كالنذر والبيع .

(١٣) انظر الرسالة ص (٢٣) .

(١٤) انظر القواعد التورائية / ١٨٤ وما بعدها ، انظر أعلام الموقعين لابن التيم

٣٨٤/١ بنفس المعنى .

(١٥) المائدة / ١ وقال الجصاص في هذه الآية في كتابه أحكام القرآن ١٣٣/٣ (فالزم كل عاقد الوفاء بما عقد على نفسه وذلك عقد قد عقده كل واحد منهما على نفسه فيلزمه الوفاء به .. وقال أيضا في نفس المرجع ٢٨٦/٣ وما بعدها واقتضى أيضا الوفاء بعقود البياعات والاجازات والنكاحات وجميع ما يتناوله اسم العقود .. فمتى اختلفنا في جواز عقد أو فسادة وفي صحة نذر ولزومه صح الاحتجاج بقوله تعالى : (أوفوا بالعقود) لاقتضاء عموميه جواز جميعها من الكفالات والاجازات والبيوع وغيرها ... ولأن الآية لم تفرق في شيء منها .

(١٦) الأحزاب — ١٥ .

وبنفس المعنى وردت عدة آيات في القرآن الكريم أكدت وحرّضت على وجوب وفاء الانسان بما التزم به . ومنها :

١ — قوله تعالى : (وبعهد الله أوغوا) (١٧) .

٢ — قوله تعالى : (واوغوا بالعهد أن العهد كان مسئولا) (١٨) .

ب — قال الله تعالى : (وما يضل به الا الفاسقين . الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه . ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل) (١٩) .

* وجه الدلالة :

ووجه الدلالة في هذه الآية . . أن الله ذم الفاسقين لنقضهم العهد وقطع ما أمر الله بوصله . . لأن الواجب اما بالشرع ، واما بالشرط الذي عقده المرء باختياره .

ج — كذلك يستدل من الكتاب على أن الاصل في العقود الاباحة بقوله تعالى : (واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام) (٢٠) .

* وجه الدلالة :

قال الضحاك وغيره من المفسرين أن معنى قوله تعالى : (تساءلون به والأرحام) أى تتعاهدون ، وتتعاقدون وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما وجبه العقد من فعل أو ترك أو مال أو نفع ونحو ذلك .

د — قال الله تعالى : (ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لايولون الانبار ، وكان عهد الله مسئولا) (٢١) .

ه — قال الله تعالى : (واحل الله البيع وحرم الربا) (٢٢)

وهذه الآية ارى أن فيها دلالة على مشروعية الاستصناع . . لأن الله أباح البيع بشروطه ، وحرم الربا . . وعقد الاستصناع لا يخلو عن كونه بيضا . . تعامل الناس به وهو بعيد عن الربا .

(١٧) الانعام — ١٥٢

(١٨) الاسراء — ٣٤

(١٩) البقرة — ٢٦ ، ٢٧ .

(٢٠) النساء — ١ .

(٢١) الاحزاب — ١٥ .

(٢٢) التيرة — ٢٧٥ .

— وقال الله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض) (٢٣) .

* وجه الدلالة في النصوص الأخيرة :

يؤخذ من النصوص الأخيرة من الكتاب الكريم أن الله سبحانه وتعالى جمع فيها أحكام الأسباب التي بين بنى آدم المخلوقة كالرحم ، والمكسوبة كالعقود التي يدخل فيها الصهر وولاية مال اليتيم ونحو ذلك .. وكلها تدعونا الى الإيفاء بهذه الأسباب وعدم نكرانها .

قال الشافعى (٢٤) في الآيتين الأخريين أن الله ذكر البيع في غير موضع من كتابه بما يدل على إباحته فاحتمل إحلال الله عز وجل البيع **معنيين** :

أحدهما : أن يكون الله عز وجل أحل بيعا تتبايعه المتبايعان جائزى الأمر فيها تتبايعاه عن تراض منهما .. وهذا أظهر معانيه .

ثانيهما : أن يكون الله عز وجل أحل البيع إذا كان مما لم ينه عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم المبين عن الله عز وجل معنى ما أراد فيكون هذا من الجمل التي أحكم الله فرضها بكتابه الكريم وبين كيف هى على لسان نبيه .. أو من العام الذى أباحه إلا ما حرم على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم .. وما فى معناه ... فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزى الأمر فيها تتبايعا .. إلا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ، وما كان فى معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم باذنه داخل فى المعنى المنهى عنه وما غارق ذلك إبحناه بما وصفنا من إباحة البيع فى كتاب الله تعالى .

قال الجصاص (٢٥) : عند الكلام عن آية ٢٩ من سورة النساء بأنها عموم فى إطلاق سائر التجارات وإباحتها وهو كقوله تعالى : (**وأحل الله البيع**) فى اقتضاء عموم سائر البيوع إلا ما خصه التحريم .. إلا أن اسم التجارة أعم من اسم البيع .. لأن اسم التجارة يعم عقود الإجازات والهيئات الواقعة على الأعواض والبياعات .

(٢٣) النساء — ٢٩ .

أما معنى الباطل فهو : ما لم يبيحه الشرع كالغصب والربا والقمار هذا ما قاله البيضاوى فى تفسيره للقرآن ص ١٢٠ .. وقال الجصاص : « ما أباحه الله تعالى وأحلّه فليس بباطل بل هو حق » أحكام القرآن للجصاص ١٢٨/٣ .

(٢٤) الأم للشافعى — ج ٣ ص ٢ .

(٢٥) أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ١٢٧ — ١٢١ .

٢ - من السنة :

ومن السنة .. استدلل أصحاب الراى الأول القائل بإباحة العقود
الا مانص الشارع على تحريمها بما يلى :

أ - ما ورد فى صحيح مسلم عن عبد الله بن عمر - رضى الله
عنهما - قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أربع من كن فيه
كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خلة منهن كانت فيه خلة من نفاق حتى
يدعها . اذا حدث كذب ، واذا عاهد غدر ، واذا وعد أخلف ، واذا خاصم
فجر » (٢٦) ..

* وجه الدلالة :

وجه الدلالة فى الحديث المذكور أعلاه أن الرسول صلى الله عليه
وسلم نهى المسلمين عن الغدر وعن عدم الوفاء بالعهد .. وهذا النهى
يستلزم وجوب الوفاء أو على الأقل إباحة الوفاء .. لان الاسلام لا يجبر
الوفاء بشيء محرم .. فدل على جواز أن يوجب الانسان على نفسه
شيئا ، وجواز وقائه به .

ب - وفى الصحيحين عن عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه
وسلم أنه قال : « أن أحق الشروط أن توفى به : ما استحللتم به الفروج » (٢٧)

* وجه الدلالة :

دل هذا الحديث على استحقاق الشروط بالوفاء .. وإن شروط
النكاح أحق بالوفاء من غيرها .. وما جاء بالكتاب والسنة من الأمر بالوفاء
بها وعلى جواز الشروط .. كل ذلك يدل على أن الأصل فى العقود والشروط
هو الجواز ... وإذا كان جنس الوفاء ، ورعاية العهد مأمورا به .. علم
أن الأصل صحة العقود والشروط .

(٢٦) جاء فى لفظ من سنيان - رضى الله عنه (...) وإن كانت فيه خصلة منهن كانت
فيه خصلة من النفاق) .. رواه مسلم - مختصر مسلم رقم الحديث - ٢٦ .
(٢٧) رواه الخمسة .. التاج التاج للأصول ، منصور على ناصف ج ٢ ص ٢٦٤ .
وفى رواية أن أحق للشروط أن توفوا به ... الحديث - غاية المأمول شرح التاج -
نفس المصدر السابق .

٣ - الاعتبار :

وأما الاعتبار فهو من وجوه (٢٨) :

أ - أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية .. والأصل فيها عدم التحريم وقوله تعالى : (وقد فصل لكم ما حرم عليكم) (٢٩) عام في الأعيان والأفعال ، وإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة ، وكانت جائزة ومباحة .

ب - ليس في الشرع ما يدل على التحريم لجنس العقود والشروط إلا ما ثبت تحريمه بعينه وأن انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم .. فإذا حرمت العقود والشروط التي تجرى بين الناس في معاملاتهم العادية غير دليل شرعي كنا محرمين ما لم يحرمه الله .

ج - أن الأصل في العقود .. رضا المتعاقدين ، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد .. لأن الله قال في كتابه العزيز : (إلا أن تكون تجارة عن تراض) (٣٠) .

وقال تعالى أيضا : (فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا) (٣١) فخلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه .. فدل على أنه سبب له . وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب .. فعدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم .

وإذا كان طيب النفس هو المبيع لأكل الصداق ، فذلك سائر التبرعات قياسا عليه بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن .

وكذلك قوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (٣٢) لم يشترط في التجارة إلا التراضي ، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيع للتجارة ،

(٢٨) انظر القواعد النورانية / ٢٠٠ .

(٢٩) الأنعام - ١١٩ .

(٣٠) النساء - ٢٩ .

(٣١) النساء - ٤ .

(٣٢) النساء - ٢٩ .

وإذا كان كذلك فعندما يتراضى المتعاقدان بتجارة أو تطيب نفس المتبرع ب تبرع ثبت حله بالقرآن ولم يتضمن ما حرمه الله ورسوله صلى الله عليه وسلم كالتجارة على الخمر ونحو ذلك يكون ماتعاقدا عليه جائز ومباح ..

✽ البحث الثالث :

أدلة أصحاب الراى الثانى القائل بأن الأصل فى العقود الحظر الا ماورد النص بإباحته .

استدل أصحاب الراى القائل بأن الأصل فى العقود الحظر الا بنص بالكتاب والسنة والمعقول .

١ — الكتاب :

ومن الكتاب استدلوا بما يلى (٣٣) :

أ — قال الله تعالى : (اليوم اكملت لكم دينكم) (٢٤) .

ب — وقال تعالى : (ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) (٣٥)

ج — وقال تعالى : (ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها) (٣٦) .

٢ — السنة :

ومن السنة استدلوا بما روته عائشة — أم المؤمنين — رضى الله عنها — قالت : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب عشية فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ، ثم قال : أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل .. ولو كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق » (٣٧) .

✽ وجه الدلالة من النصوص السابقة :

يستدل من الآيات السابقة والحديث السابق على أنها براهين قاطعة فى ابطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس فى كتاب الله الأمر به

(٣٣) الاحكام فى اصول الاحكام ٢/٥ — ٥٠ فى الباب الثالث والعشرين .. وقد قال الدكتور الصديق الضير فى كتابه الفرر من ١٣ (ولم أر أحدا من الفقهاء قال بهذا الراى صراحة غير ابن حزم) .

(٣٤) المسألة — ٣

(٣٥) البترة — ٢٢٩ .

(٣٦) النساء — ١٤ .

(٣٧) رواء البخارى وفيه بلفظ آخر عن عائشة أنها قالت ... قام النبى صلى الله عليه وسلم من العشى فأثنى على الله بما هو أهله ثم قال : ما بال أقوام يشترطون شروطا ليس فى كتاب الله من اشترط شرطا ليس فى كتاب الله فهو باطل .. وان اشترط مائة شرط ، شرط الله أحق وأوثق .. فتح البارى ٣٦٩/٤ . ط السلفية .

أو النص على إباحة عقده .. لأن العقود والعهود والأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك

٣ - المعقول (٣٨) :

ومن المعقول قال ابن حزم : يقال لمن أوجب الوفاء بعقد أو عهد أو شرط أو وعد ... أما أن يكون في نص القرآن أو السنة إيجابه وإنفاذه .. فإن كان ذلك .. فنحن لانتخالفكم في إنفاذ ذلك وإيجابه .

وأما أن يكون ليس في نص القرآن ولا في السنة إيجابه ولا إنفاذه .. غفى هذا اختلفنا .. فإن كان هكذا فإنه ضرورة لا ينفك من أحد أربعة أوجه لا خامس لها أصلا .. وهى كما يلى :

- ١ — أما أن يكون العاقد التزم بعقده أو بشرطه إباحة ما حرمه الله .
 - ب — أما أن يلتزم بعقده أو بشرطه تحريم ما حله الله .
 - ج — أما أن يلتزم العاقد إسقاط ما أوجبه الله .
 - د — أما أن يوجب العاقد على نفسه بعقده ما لم يوجبه الله عليه .
- فكل وجه من هذه الوجوه لا يجوز .

رد ابن حزم على المخالفين :

ورد ابن حزم حجة أصحاب القول الأول بأن الآيات والاحاديث ليست على عمومها ، ولكنها في بعض العهود والعقود والشروط .. وهى ما جاء القرآن والسنة بالالزام به فقط .

ومما قاله من الردود .. أن الآيات التى تأمر بالوفاء بالعهد حجة لنا لاعلينا .. لأن العهد جاء فيها مضافا الى الله (**وبعهد الله أوفوا**) ولا يضاف الى الله الا ما أمر به لا ما نهى عنه .

وأما الأحاديث التى تجعل اخلاف الوعد خصلة من خصال النفاق .. فالمراد بالوعد فيها ما اغترض الله الوفاء به .. والزم فعله .. كالديون الواجبة والأمانات الواجب أدائها .

(٣٨) الاحكام فى اصول الاحكام ٦/٥ وما بعدها ، لابن حزم .

* البحث الرابع :

* خلاصة رأى ابن حزم ومناقشته :

يرى ابن حزم (٢٦) .. انه لما قام البرهان بكل ما ذكر وجب أن كل عقد أو شرط أو عهد ، أو نذر التزمه المرء فانه ساقط مردود ولا يلزمه منه شيء أصلا .. الا أن يأتى نص أو إجماع بذلك لزمه والا فلا ، والأصل براءة الذمم من لزوم جميع الأشياء الا ما ألزمنا إياه نص أو إجماع . فان حكم حاكم بخلاف ما ذكر فسخ حكمه ورد بأمر النبي صلى الله عليه وسلم القائل (من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد) (٤٠) .

رد ابن تيمية ما استدلل به ابن حزم :

أساس ما استدلل به ابن حزم من السنة على منع إباحة العقود الا بنص وهو ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله .. ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل الحديث » .

وقد رد على ذلك ابن تيمية فقال (٤١) : (بأن المشتراط ليس له أن يبيع ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله .. فان شرطه حينئذ يكون مبطلا لحكم الله بل كل ما كان حراما بدون شرط .. فالشرط لا يبيحه كالربا ، والوطء في ملك الغير فان الله حرم الوطء الا بملك النكاح أو ملك اليمين .. غلو أراد رجل أن يعير أمته لآخر للوطء لم يجز له ذلك ، بخلاف إعارتها للخدمة فانه جائز وأما ما كان مباحا بدون الشرط ، فالشرط يوجب كالتزادة في المهر والثلث فالرجل له أن يعطي المرأة .. فإذا اشترطه صار واجبا . ١ . ه .

وقال ابن تيمية (٤٢) .. انه يرد على ابن حزم في هذا الموضوع بأنه قد يكون المراد بالحديث ما ليس في كتاب الله إباحته لأشخاص ولا بعموم .. لأن ما دل الكتاب على إباحته بعمومه فهو من كتاب الله .. نظير ذلك قوله تعالى : (ونزلنا عليك الكتاب تبينا لكل شيء) (٧٧) .. وقوله تعالى :

-
- (٣٩) الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ٦ وما بعدها .
 - (٤٠) رواه مسلم . مختصر صحيح مسلم ١٢٣٧ .
 - (٤١) القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٨٤ وما بعدها .
 - (٤٢) نظرية الفرر للضيرير ص ١٧ .
 - (٤٣) سورة النحل — ٨٩ .

(ما فرطنا في الكتاب من شيء) (٤٤) فإن القرآن لم يشتمل على بيان كل الأشياء بخصوصها . وانما اشتمل على بيان بعضها بخصوصها وعلى سائرها بعمومها .

فكل شرط دل دليل خاص أو عام على منعه لايجوز اشتراطه ، وكل شرط دل دليل خاص أو عام على إباحته جاز اشتراطه .

ومن الأدلة العامة على الإباحة قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا

بالعقود) +

✽ رد ابن تيمية الدليل العقلي الذي استدل به ابن حزم :

رد ابن تيمية ما أورده ابن حزم من دليل عقلي على أن إيجاب الوفاء بالعقد أو الشرط لا يكون إلا من الزام الشارع لنا ، وألا يكون مخالفة للشرع .

يقال له (٤٥) .. هذا قول مقبول بالنسبة للعبادات ، لأن الأصل فيها التوقيف أي لا يثبت الأمر بها إلا من الشارع .. وغير مقبول بالنسبة للعبادات وهي ما يحتاجه الناس في دنياهم .. لأننا لو منعنا الناس من العقود والشروط إلا ماورد به نص خاص لأوقعناهم في الحرج المرفوع شرعا .. إذ قد يحتاجون إلى عقد لم يرد به نص خاص .

ثم إنه ليس في الزام المرء نفسه بعقد أو شرط تغيير لما شرعه الله .. إلا إذا كان ملتزم به المرء مما منعه الشارع .. بأن كان غيه تحليل للحرام أو تحريم للحلال .

فالعقود والشروط التي يلتزم بها المرء توجب ماكان مباحا بدونها عملا بقوله تعالى : (أوفوا بالعقود) ، ولا تحرم ماكان حلالا .. أو تحلل ماكان حراما .

✽ كلمة لابد منها :

ينسب ابن تيمية منع انشاء العقود إلا مائص عليه الشارع إلى الكثير من فقهاء الحنفية ، والشافعية .. لكن الواقع من تتبعي لما كتبه فقهاء هذين المذهبين أجد أن الراجح عندهما هو العكس .

(٤٤) سورة الأنعام — ٣٨ .

(٤٥) القواعد النورانية — ١٩٦ — ٢١٠ .

فما نقلناه عن الامام الجصاص وهو الفقيه الحنفى الكبير فى تفسيره لقوله تعالى : (يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ما يفيد أن رأى الحنفية هو النص على اباحة انشاء العقود الا ماورد نص يحظر انشائه (٤٦). ومما نقل عن الزيلعى وهو فقيه حنفى لامع مايفيد أن الأصل فى العقود الاباحة فقد جاء بكتابه التبيين .. فى مقام الرد على تعليل الشافعية تحريم الربا فى الاشياء الستة المنصوص عليها بالطعم : لا نسلم أن حرمة البيع أصل بل الأصل الحل .. والحرمة اذا ثبتت انما تثبت بالدليل الموجب لها. وهذا لان الأموال انما خلقت للابتذال .. فيكون باب تحصيلها مفتوحا فيجوز كل تصرف فيها مالم يقم الدليل على منعه بخلاف النكاح .. لأن الملك فيه يرد على البضغ .. وهو محرم .. فيناسبه التضييق .. وهذا يدل على أن الأصل هو صحة التصرفات المتعلقة بالأموال بخلاف التصرفات المتعلقة بالابضاع للفرق بين محل الأولى ومحل الثانية (٤٧) .

ومن ذلك ماقاله الكاسانى فى البدائع (٤٨) عند الكلام على مشروعية شركة العنان وحاصله أن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استئناء المال متحققة .

وهذا النوع طريق صالح للاستئناء فكان مشروعاً .

ويقول أيضا عند الكلام عن مشروعية عقد المضاربة (٤٩) .. أن الناس يحتاجون الى عقد المضاربة لأن الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى الى التجارة وقد يهتدى الى التجارة لكنه لا مال له .. فكان فى شرع هذا العقد دفع الحاجتين .. والله تعالى ماشرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم .

فهذه العبارات ونحوها صريحة فى أن صحة التصرفات عند الحنفية لا تتوقف على قيام الدليل الخاص الذى يدل على صحتها .. بل يكفى للحكم لصحتها أن تكون مشتملة على فائدة مقصودة .. ومحصلة للمصلحة، مع انتفاء المانع الشرعى من الصحة .

ولو كان مذهبهم فى العقود كما قال ابن تيمية لما صح منهم الاعتماد فى صحة عقد المفاوضة .. وقد خالفهم فيها بعض الفقهاء كالامام الشافعى،

(٤٦) راجع ما نقلناه عن الجصاص فى ص ١٧ بالحاشية .

(٤٧) أنظر تبيين الحقائق ٨٧/٤ .

(٤٨) أنظر البدائع ٣٥٧٦/٧ وما بعدها .

(٤٩) نفس المصدر السابق ٣٥٨٨/٨ .

ومالك في رواية على مجرد تحقق الفائدة في هذا العقد مع انتفاء المانع الشرعى من صحته وجوازه ، بل كان اللازم في مثل هذا المقام ان يأتوا بدليل معين من نص أو اجماع أو قياس يثبت هذه المشروعية ويفيدها .

وهناك ما يدل على أن الشافعية والمالكية أيضا يسلكون هذا الطريق الذى سلكه الحنفية . . فقد قرر علماء الأصول أن الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية — بل قد نقل بعضهم الاجماع كالنووى — على أن الاصل فى الأفعال العادية — (وهى مالىست بعبادة) — هو الاباحية والجواز . وأنه لا يحرم شئ منها الا بدليل معين يدل على التحريم . . استنادا الى قوله تعالى : (**خلق لكم ما فى الأرض جميعا**) (٥٠) . .

وغيره من الأدلة المثبتة بهذا الاصل .

فقد ذكره الامام الشافعى فى كتابه (الأم) والشاطبى فى (المواقفات) وهو ما ذكرناه سابقا .

وليس بعد هذا صراحة فى اثبات أن الشافعية والمالكية يجعلون اباحة العقود هى الاصل ، وأن الحكم بفساد شئ منها هو الذى يتوقف على الدليل الخاص الذى يدل على ذلك .

وأما هذه النقول الدالة على اتجاه هؤلاء الأئمة فى مسألة العقود لا يسعنا أن نوافق ابن تيمية فيما نسب اليهم من القول بأن الاصل فى العقود عندهم الحظر الا ما قام الدليل المعين على اباحته وجوازه .

ولقد أنصف ابن القيم عندما قال (٥١) فى هذه المسألة (مسألة الاصل فى العقود (٥٢) أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان خطأ ما لم يقر عندهم دليل على دعواهم . . وجمهور الفقهاء على خلاف هذا الاعتقاد اذ يرون أن الاصل فى العقود والشروط الصحة الا ما يبطله الشارع أو نهى عنه . . وهذا القول هو الصحيح فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها الله تعالى فإنه لا يجوز القول بتحريمها . . فان سكت منها رحمة منه من غير نسيان وإهمال فسكوته رحمة فكيف وقد صرحنا بالنصوص بأنها على الاباحة فيما عدا ما حرمه .

(٥٠) البقرة — ٢٩ .

(٥١) اعلام الموقعين لابن القيم ٣٨٤/١ .

(٥٢) انظر فى هذا كله نظرية الشروط المقترنة بالعقد — لى زكى الدين شعبان ص ١٩ — ٢٠ .

* البحث الخامس :

* رأى النظام الوضعى فى مدى حرية المكلف فى انشاء العقود :

أخذ النظام الوضعى فى رأى الشريعة الاسلاميه المبيح للعقود والشروط بشرطه الا تكون مخالفة لنص شرعى أو أن يكون الشارع قد نهى عنها .. وقد صاغ فقهاء النظام الوضعى هذا الراى تحت عنوان مبدأ « سلطان الارادة » . ولتوضيح ذلك نقول :

مبدأ سلطان الارادة فى النظام الوضعى كان ضعيف المكانة فيها قبل القرن الثانى عشر الميلادى .. أما فى نهاية القرن (١٨ للميلاد) فقد أخذ يقوى حتى أخذ به أثناء عصر نابليون .. ومن ثم أخذ به القانون المدنى المصرى ..

فالعقد فى النظام الوضعى شريعة المتعاقدين لايحوز الغاؤه متى تم الرضا .. ويمكن أن يتم الالغاء برضاها أيضا أو للأسباب التى يقررها القانون .

جاء فى المادة (١٤٧) فى الفقرة الأولى (٥٣) . العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون) .. فعلى هذا .. يكون الأصل فى القانون أن ارادة كل من المتعاقدين حرة فى انشاء العقد غير مقيدة الا بالنظام العام والآداب (٥٤) .

فإذا ماخالف النظام العام أو الآداب يكون باطلا .. سواء ورد نص قانونى خاص بتحريم ذلك العقد أم لم يرد .. فالواضح من هذا أن مايراه القانون الوضعى فى حرية المتعاقدين فى التعاقد متوافق مع مايزاه الفقه الاسلامى .. الا أنه يجب الانتباه الى غارق هام .. وهو أن الأحكام القانونية التى تخرج عن دائرة النظام العام والآداب ، كلها أحكام مقرررة ، مفسرة لارادة المتعاقدين وليست أحكاما آمرة .. لهذا يجوز أن يتفق المتعاقدان على خلائها ويكون اتفاقهما هذا مقدما على أحكام القانون .. فيصير صحيحا باتفاق المتعاقدين مانص فى القانون على بطلانه فى حالة عدم الاتفاق على خلافة .

(٥٣) القانون المدنى المصرى - م/ ١٤٧ .

(٥٤) جاء فى المادة (١٣٥) من المدنى المصرى (اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا) .. وهى مؤيدة لهذا القول .

أما في الفقه الاسلامي .. فان كل عقد نص الشارع على بطلانه
لا يمكن أن ينقلب صحيحا باتفاق المتعاقدين .. فالشروط التي يشترطها
الفقهاء لصحة العقد اذا تخلف شرط منها كان العقد غير صحيح ولو رضى
المتعاقدان بتخلفه .

✽ المبحث السادس :

✽ الخلاصة مع الترجيح :

أن النظام الوضعي قد أخذ من الشريعة الاسلامية بجزء من هذا
الموضوع وهو حرية الارادة في انشاء العقود الا مانهى الشارع عنه ،
وخالف الشريعة في شق آخر وهو أنه بارادة المتعاقدين يجوز لهما التعاقد
على ما يخالف القانون وهذا لايجوز ولايصح في الفقه الاسلامي .
يقول السنهوري (٥٥) .. « ما ذكره الفقهاء المسلمون من العقود
المسماة انما هي العقود التي يغلب أن يقع بها التعامل في زمنهم .. فاذا
استحدثت الحضارة عقودا أخرى توافرت فيها الشروط المقرر فقها ..
كانت عقودا مشروعة . وعلى هذه السياسة الشرعية جرى التقنين
المدني العراقي حيث جاء في المادة (٧٥) « يصح أن يرد العقد على أى
شئ مالا يكون الالتزام به ممنوعا بالقانون أو مخالفا للنظام العام
أو الآداب » .

على أن دائرة النظام في الفقه الاسلامي اوسع منها في الفقه الغربى
فتحريم العقود الربوية ، وتحريم عقود الغرر يوسعان كثيرا من هذه
الدائرة في الفقه الاسلامي .. فالأصل اذن في الفقه الاسلامي هو حرية
التعاقد في حدود النظام العام .. الا أن كثرة القواعد التي تعتبر من النظام
العام تضيق من هذه الحرية .

✽ الرأي الراجح :

الذى أرجحه وأختاره بالعمل والفتوى هو مايراه جمهور الفقهاء وما
صرح به الامام ابن تيمية — رحمه الله (٥٦) من أن الأصل في العقود الاباحة
وذلك للأسباب التالية :

- ١ — الأدلة الواردة على هذا الأمر لم تنتقض ، ولم يقدح في دلالتها .
مقاله أصحاب الرأي الثانى ، وما ساقوه من أدلة .

(٥٥) السنهوري في مصادر الحق ٨١/١ .

(٥٦) انظر قرار هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية في مجلة البحوث الاسلامية

مجلد (١) عدد (٢) ص ١٤٠ — ١٤١

٢ - اذا لاحظنا أن الشارع ينص في عموماته على التيسير على الناس .. وأن هذا الدين يسر لا عسر فيه .. قال الله تعالى : **« وما جعل عليكم في الدين من حرج (٥٧) »** .. فهذا وغيره يقتضي أن تطلق جرية المكلف في أن ينشئ من عهد ووعد والتزام طالما ما أنشأه وينشئه لا يخالف نصا صريحا من كتاب أو سنة وهذا يتفق مع قوله تعالى : **« فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه (٥٨) »** ..



(٥٧) الحج ٧٨ .
(٥٨) الملك ١٥ .

* الفصل الثالث :

* التعاقد على المردوم :

* التمهيد :

لما كان عقد الاستصناع قائما على أساس التعامل بشيء غير موجود وقت التعاقد اذ أن المال المستصنع غير موجود بصفته المطلوبة ..

لذا .. كان من الواجب اتماما للبحث ، واكامالا لموضوع الرسالة أن اورد نبذة عن بيع المردوم في نظر الفقه الاسلامي ، والنظام الوضعي ..

* البحث الاول :

حكم بيع المردوم عند الفقهاء :

لم يفرد فقهاء المذاهب الاسلامية لبيع المردوم بحثا خاصا به .. بل انتشرت مسائله في ثنايا المباحث التي تطرقوا اليها عند بيان احكام المعاملات . وخاصة عند الكلام عن شروط الانعقاد .. وظهر ذلك في كلامهم عن الشرط الخاص بضرورة وجود المبيع وقت العقد .. وكذا في اشتراط كون المبيع معلوما (١) .. وتفصيل ذلك فيما يلي :

عند الكلام عن شروط انعقاد البيع قال الكاساني (٢) .. وأما الذي يرجع الى العقود عليه فأنواع : منها : أن يكون موجودا فلا ينعقد بيع المردوم ، وما له خطر العدم .. كبيع نتاج النجا بأن قال بعث ولد ولد هذه الناقة ، وكذا بيع الحمل .. لأنه أن باع الولد فهو بيع المردوم ، وأن باع الحمل فله خطر العدم .

وقال ابن قدامة (٣) .. يجب أن يكون المبيع معلوما برؤية أو صفة تحصل بها معرفة المبيع .. ثم مثل لبيع المردوم فقال : أن بيع حبل الحبل (نتاج النجا) فاسد لأنه بيع المردوم ..

واشترط الشافعي أيضا .. أن يكون المبيع موجودا لامردوما .. قال النووي (٤) وبيع المردوم باطل بالاجماع .

(١) الشرح الكبير مع المفتي ٢/٤ .

(٢) البدائع ٢١١٦/٦ .

(٣) الشرح الكبير ٢/٤ .

(٤) المجموع شرح المذهب ٢٨٠/٦ .

* المبحث الثانى :

* علة منع بيع المعدوم عند الفقهاء ومناقشتها :

يتضح من ذلك كله . . ان كلمة الفقهاء متفقة على ضرورة أن يكون المبيع موجودا ، وان بيع المعدوم فى أغلب صورته لا يصح . . ويستشف من تعليلهم بمنع بيع المعدوم ما يلى :

١ — أنه بيع غرر . . . والغرر يؤدي الى المنازعة ، وعدم استقرار التعامل ولهذا ورد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر للحديث المروى عن أبى هريرة — رضى الله عنه — أنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر » (٥)

* قال الشيرازى فى باب مانهى عنه من بيع الغرر وغيره . . لا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التى لم تخلق لما روى أبو هريرة — رضى الله عنه — أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر . . والغرر ما انطوى عنه أمره وخفيت عليه عاقبته . . والمعدوم انطوى أمره وخفيت عليه عاقبته فلم يجز بيعه (٦) .

* وقال الشوكانى . . (ومن جملة بيع الغرر : بيع السمك فى الماء . . . والمعدوم (٧) .

الرد على ذلك :

ويرد على ذلك بأنه ليس فى هذا الدليل (٨) ما يفيد أن بيع المعدوم لا يجوز على الإطلاق . . فهو يفيد أن بيع المعدوم الذى غيه غرر لا يجوز . . كما فى المثال الذى ذكره الشيرازى ، ولا يفيد أن كل معدوم لا يجوز بيعه ، من المعدوم مالا غرر فى بيعه لأنه لا تخفى علينا عاقبته وذلك كما فى بيع الأشياء المعدومة وقت العقد ، ولكنها محققة الوجود فى المستقبل (٩) بحسب العادة كما فى السلم والاستصناع .

(٥) رواه مسلم وفى لفظ عن أبى هريرة — رضى الله عنه — أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر . . كما فى مختلئ الأخبار مع نيل الأوطار ١٦٦/٥ . رواه الجماعة الا البخارى . أنظر مختصر صحيح مسلم — حديث رقم ٣٣٩ .

(٦) المذهب للشيرازى ٢٦٢/١

(٧) أنظر نيل الأوطار ١٦٧/٥

(٨) نظرية الغرر للضير ٣٥٥

(٩) مصادر الحق للسنبورى ٣١/٣

* التعليل الثانى لسبب المنع :

٢ — اما التعليل الثانى لسبب منع بيع المعدوم فهو لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع المعاوى عن جابر رضي الله عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة » . وفى لفظ بدل المعاومة (عن بيع السنين (١٠)) .

وجه الاستدلال :

ويستدل بهذا الحديث بما قال الشيرازى (١١) .. والمعدوم من المعاومة وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المعاومة وبيع السنين .

الرد على هذا الاستدلال :

الدليل المذكور لا يفيد المدعى لأنه يفيد النهى عن بعض افراد المعدوم وهو بيع الثمر سنين ، والنهى عن بيع افراد الشيء لا يدل على النهى عن سائرهما لأن النهى عن ذلك الفرد قد يكون بمعنى انفراد به لا يتحقق فى غيره من الافراد كما فى النهى عن بيع السنين .. فان سبب النهى عنه الفرر الناشئ عن الجهل بوجوده فى المستقبل لاكونه معدوما ..

التعليل الثالث لسبب المنع :

٣ — ومما استدلل به على منع بيع المعدوم أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان .. فقد ورد عن حكيم ابن حزام أنه قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يأتينى الرجل يسألنى من البيع ماليس عندى .. أبتاع له من السوق ثم أبيع .. قال : « لاتبع ماليس عندك » (١٢) ..

(١٠) هذا الحديث مطلق عليه انظر منقضى الاخبار مع نيل الاوطار

- ١ — المحاقلة : هى بيع الحنل بكيل من الطعام معلوم .
- ب — المزابنة : هى بيع النخل باوساق من التمر .
- ج — المعاومة : هى بيع الشجر اعواما كثيرة .
- د — المخابرة : هى العمل على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل .

(١١) المهذب ١/٢٦٢ .

(١٢) رواه الترمذى وفى لفظ آخر عن حكيم بن حزام قال : نهانى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع ما ليس عندى .. قال أبو عيسى : وهذا حديث حسن .. عارضه الأحمدي بشرح صحيح الترمذى ٥/٢٤١ .

وهذا النهى للوجوب عند الملكية (١٣) .. ويدخل في المنهى عنه في هذا الحديث أشياء كثيرة كبيع الأبق ، وبيع مالم يقبض وبيع مال الغير ، ويستثنى منه السلم بالشرائط المعتبرة فيه .. وكذا بيع مال الغير جائز موقوفا عند الأئمة الثلاثة .. عدا الشافعي فإنه لايجوز (١٤) ..

ووجه الاستدلال عندهم (١٥) أن المبيع يتعين فلا يصح معدوما .. لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان الا في السلم لترخيصه صلى الله عليه وسلم ولضبطه بالوصف .. والا في ذمة مشتريه إذا هو كالمقبوض .

استدل بهذا الحديث على عدم صحة بيع المعدوم لأن النهى منصب على عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان .. وهذا يعنى أنه قد نهى عن بيع ما هو معدوم وليس موجودا عند الإنسان ثم يذهب الى السوق ويشتريه ليسلمه للشخص الذى باعه له (١٦) ..

الرد على هذا الدليل :

أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ما ليس عندك » تعنى (١٧) ما ليس مملوكا للبائع .. ولا يدخل فيها المعدوم ولا المملوك الغائب عن مجلس العقد ولا الأشياء المباحة ذلك ما تدل عليه قصة الحديث فقد روى (١٨) أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها .. ويأخذ الثمن منهم .. ثم يدخل السوق فيشتري الأشياء ويسلمها لهم .. فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « لا تبع ما ليس عندك » ولأن بيع ما ليس عند الإنسان بطريق الأصالة عن نفسه تملك ما لا يملكه بطريق الأصالة عن نفسه وقت العقد .. على أن يمضى الى السوق فيشتريه ويسلمه للمشتري .

قال شمس الدين بن قدامة (١٩) : لايجوز بيع ما لا يملكه ليضى فيشتريه ويسلمه رواية واحدة وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا .

(١٣) نفس المصدر السابق .

(١٤) التعليق المحمود على سنن أبى داود ٤٩٥/٢

(١٥) أنظر نظرية الفرر للفرير ٣١٨ - ٣١٩ .

(١٦) نفس المصدر السابق - ٣١٨ - ٣١٩ ، ٣٥٦ .

(١٧) البدائع ٢٠١٤/٦

(١٨) نفس المصدر السابق .

(١٩) للفرح الكبير مع المغنى ١٩/٤

قول ماتقدم (٢٠) على أن عدم جواز بيع ماليس عند البائع .. خاص
فيما كان فيه البيع حالا كما يستفاد من قصة الحديث السابق الذكر ..
ولأن هذه هي الحالة التي يتصور فيها النزاع .

أما لو تم البيع على أن يسلم البائع المبيع بعد مدة من الزمن فإن هذا
ينطبق عليه حكم تأجيل قبض المبيع ، ولا يدخل تحت بيع المعدوم حالا .
وربما يقال : إذا لم يجز بيع الموجود غير المملوك .. فمن باب أولى
لايجوز بيع المعدوم لأنه غير مملوك حتما .

الجواب :

ويجاب عن هذا القول بأنه منطبق سليم .. لكن يجب أن يقيد عدم
جواز بيع المعدوم بما قيد به بيع ماليس عندك وهو كون البيع وقع على
أن يسلم المبيع في الحال .. فإنه مع هذا القيد لا يختلف أثنان في أن بيع
المعدوم لايجوز (٢١) لأن فيه غرر .. فعلة المنع موجودة في هذه الحالة ..
وبذلك كان بيع المعدوم ليس ممنوعا في كل الأحوال بل في حالة واحدة
هي نشوء غرر في بيعه .

* المبحث الثالث :

* رأى ابن القيم في بيع المعدوم :

يرى ابن القيم (٢٢) بأن بيع المعدوم جائز إذا لم يكن فيه غرر وعزا هذا
الرأى الى عدم ورود دليل من الكتاب ولا من السنة ولا من أحاد الصحابة على
أن بيع المعدوم لايجوز .. لايعموم لفظ ، ولا عموم معنى .

وانما ورد النهى عن بيع الأشياء التي هي معدومة كما ورد النهى عن
بيع بعض الأشياء الموجودة .. والى أن الشارع أورد نصا بجواز بعض
المعدوم كبيع الثمر بعد بدو صلاحه مستحق الإبقاء الى كمال الصلاح ..

(٢٠) أنظر نظرية الغرر ص ٣٢٠

(٢١) أنظر نظرية الغرر للخرير ٣١٨ - ٣١٩ .

(٢٢) ابن القيم : هو محمد بن أبي بكر بن سعد بن حريز الزرعي ثم الدمشقي الملقب
بشمس الدين المعروف بابن القيم الجوزية - ولد سنة ٦٩١ هـ - تلمذ على
ابن تيمية ، وتوفي سنة ٧٥١ هـ - الأعلام للزركلي ٢٨١/٦ ، الدرر الكامنة ٤٠٠/٣

والخطر هو للفرر لالعدم .. كما جاء في اعلام الموقعين (٢٣) مانصه :
« أما المقدمة الثانية وهى أن بيع المعدوم لايجوز .. فالكلام عليها من
وجهين ..

أحدهما : منع صحة هذه المقدمة اذ ليس في كتاب الله ولا في سنة
رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا في كلام أحد من الصحابة أن يبيع
المعدوم لايجوز لابلغظ عام ولا بمعنى عام .. وانما في السنة النهى عن
بيع بعض الأشياء التى هى معدومة كما فيها النهى عن بعض الأشياء
الموجودة .. فليست العلة في المنع لالعدم ، ولا الوجود بل الذى وردت
به السنة النهى عن بيع الفرر .. وهو مالا يقدر على تسليمه سواء كان
موجودا أو معدوما كببيع العبد الأبق ، والبعر الشارد ، وان كان موجودا ..
اذ موجب البيع تسليم المبيع .. فاذا كان البائع عاجزا عن تسليمه فهو
غرر ومخاطرة وقمار فانه لايباع الا بوكس .. فان أمكن المشتري تسليمه ..
كان قد قهر البائع .. وان لم يمكنه ذلك قهره البائع وهكذا المعدوم الذى
هو غرر نهى عنه للفرر لالعدم كما اذا باعه ماتحمل هذه الأمة .. أو
هذه الشجرة .. فالمبيع لايعرف وجوده ولاقدره ، ولاصفته .. وهذا من
الميسر الذى حرمه الله ورسوله .. ونظير هذا في الاجارة أن يكره دابة
لا يقدر على تسليمها سواء كانت موجودة أو معدومة .. وكذلك في النكاح
اذا زوجه أمة لايملكها أو ابنة لم تولد له .. وكذلك سائر عقود المعاوضات
بخلاف الوصية فانها تبرع محض فلا غرر في تعلقها بالموجود والمعدوم ،
وما يقدر على تسليمه اليه وما لايقدر .

ثانيهما : « أن نقول : بأن الشرع صحح بيع المعدوم في بعض
المواضع ، فانه أجاز بيع الثمر بعد بدو صلاحه .. والحب بعد اشتداده ،
ومعلوم أن العقد انما ورد على الموجود ، والمعدوم الذى لم يخلق بعد ..
والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعه قبل بدو صلاحه وأباحه بعد
بدو الصلاح (٢٤) .

(٢٣) الجزء الأول / ٤٦٢ - ٤٦٣

(٢٤) يقصد حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذى ورد بعدة الفاظ منها (عن ابن
مهر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها نهى البائع
والمبتاع) .. ورواه الجماعة الا الترمذى .. منتقى الاخبار مع نيل الاوطار ١٦٥/٥ .

* المبحث الرابع :

* القاعدة في منع بيع المردوم :

لا بد أن تكون هناك علة للمنع غير كون الشيء مردوماً ، وهذه العلة (٢٥) واضحة لمن تتبع مامنته النصوص وما أجازته من بيع المردوم وهي كما قرر ابن تيمية (٢٦) الغرر . . وهي علة مضطردة لاتحوجنا الى استثناءات أو مخالفة للقياس . . والغرر في بيع المردوم لايتحقق الا في حالة ما اذا كان المبيع مجهول الوجود . . لأنه ان كان المبيع محقق العدم فلا غرر في هذا . . والبيع باطل بداهة لاستحالة التنفيذ . . وان كان المبيع محقق الوجود . . فلا غرر أيضا ، والبيع صحيح . . واذا تتبعنا مامنته الشارع من بيع المردوم ، وما أجازته منه . . نجد أن كل مامنته المبيع فيه مجهول الوجود . . وان كل ما أجازته منه ، المبيع فيه محقق الوجود عادة ، وأن كان مردوماً وقت العقد **فالقاعدة** التي ينبغي السير عليها في بيع المردوم هي « أن كل مردوم مجهول الوجود في المستقبل لايجوز بيعه ، وأن كل مردوم محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه » .

* المبحث الخامس :

* الاستصناع وبيع المردوم :

بعد أن فصلنا القول في بيع المردوم وقبل هذا ذكرنا أن الاستصناع فيه شبهه ببيع المردوم . . نريد هنا بيان هذا ، وكيف خرج من المنع . . وهل فيه غرر أم لا ؟

رأى الحنابلة في الاستصناع :

من واقع ما استطعت أن أطلع عليه من مراجع فقهية معتمدة لدى المذهب الحنبلي . . تتبععت ماجاء في الفروع (٢٧) والانصاف (٢٨) ، وغيرهما

(٢٥) انظر نظرية الغرر للفرير من ٣٥٨ وما بعدها .

(٢٦) القياس في الشرع الاسلامي لابن تيمية ، وابن القيم من ٢٦ - ٢٧ .

(٢٧) الفروع ٢/٢٣

(٢٨) الانصاف ٤/٣٠٠

عن القاضي (٢٩) وأصحابه وغيرهم بأن الاستصناع بيع مالمعنى بيع ماليس عند الانسان لاعلى وجه السلم .. ولما كان كذلك نريد أن نعرف مالمعنى بيع ماليس عند الانسان عند الحنابلة ؟ .

توضيح :

نفهم مما جاء في الفروع والأنصاف بأن المنع لعقد الاستصناع في فهم الحنابلة هو أنه عقد بيع غير الموجود لاعلى وجه السلم .. ويقصد بذلك أنه بيع لم يشترط فيه تأجيل تسليم المبيع كما هو المتبع في عقد السلم ليكون جائزا عندهم .

وهذا الذي ذكره الحنابلة تعليلا للمنع .. لا يصلح أن يكون علة لمنع الاستصناع لأمر أهمها ما يلي :

١ — عقد الاستصناع : عقد مسمى لا يخالف نصا من نصوص الشريعة صريحا في منعه وهو في نفس الوقت عقد أجازته إحدى مصادر التشريع المختلف فيه وهو الاستحسان إضافة إلى أنه عقد أجازته السنة .

٢ — عقد الاستصناع .. من العقود التي تعارف الناس عليها والرسول صلى الله عليه وسلم لم يبطل كل العقود التي جرى تعارف الناس عليها طالما كانت محققة لمصالح المسلمين وغير جالبة للنزاع أو الضرر .

٣ — الفهم بأن الاستصناع عقد على بيع حال يشترط فيه تسليم المبيع فورا مع أنه غير موجود فهم لا ينطبق وواقع هذا العقد .

٤ — العقود عليه لاغرر فيه فهو موصوف معلوم وهو مقدور التسليم فكل أسباب الفرر منتفية ، وأكثر أسباب النزاع في هذا العقد غير واردة ، فلا يكون النهي الوارد في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا تبع ما ليس عندك » .. منصبا عليه وهذا الذي ذكره

(٢٩) القاضي : هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء القاضي الكبير أبو يملى إمام الحنابلة — ولد سنة ٢٨٠ هـ — وتوفي سنة ٤٥٨ هـ ببغداد من شيوخه أبو الحسن السكري .. أما عدد أصحابه فجم فقير منهم ابن الأنباري أبو منصور ، وأبو بكر المقدس وغيرهما .. أهم مصنفاته : أحكام القرآن ، المعتد ، عيون المسائل ، النعمة في أصول الفقه ، الكفاية ، الخلاف الكبير ، إلى آخره .. انظر المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد ١٠٧/٢ .

ابن القيم (٢٠) .. فقد قال « أما قول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم ابن حزام « لا تبع ما ليس عندك » فيجمل على معنيين :

* **أحدهما** : أن يبيع عينا معينة ، وهي ليست عنده بل ملك للغير فيبيعها ثم يسمى في تحصيلها وتسليمها للمشتري ..

* **ثانيهما** : أن يريد بيع مالا يقدر على تسليمه ، وإن كان في الذمة .. وهذا أشبه .. غليس عنده حسا ولا معنى .. فيكون قد باعه شيئا لا يدري هل يحصل له أم لا ؟

فعلى المعنى الأول .. نحن نعرف أن الاستصناع ليس هو بيع عين معينة بل هو بيع شيء موصوف في الذمة حتى لو جاء به من مصنع آخر لجاز أخذه ..

وعلى المعنى الثانى .. عقب ابن القيم بقوله (٢١) .. فأما إذا كان على ثقة من توفيقه عادة .. فهذا محض القياس والمصلحة .

وفى الاستصناع يشترط أن يكون التعامل قد جرى العرف به من حيث المادة المطلوب صنعها ووقت التسليم والقدرة على التسليم ودفع الثمن مقدما أو عدم دفعه فإن توافر شرط التعامل يكون الاستصناع صحيحا عند الحنفية .. والا فلا (٢٢) ..

لهذا .. أرى أنه بناء على أصول الحنابلة فى البيع والسابق بيانها يكون هذا العقد من العقود التى يجوز إنشاؤها وإبرامها طبقا لهذه الأصول كما ذهب اليه ابن القيم من أن بيع المعدوم ليس منهي عنه مطلقا .. وبناء على رأى الحنفية من أن الاستصناع ليس ببيع معدوم مطلقا أو عسدا محضا .. بل هو معدوم فى حكم الوجود كما سنبين ذلك فيما بعد :

وهذا الرأى لى احتفظ به من موقف الحنابلة وهو اجتهدى والله أعلم

(٢٠) اعلام الموقعين ٤٧١/١

(٢١) اعلام الموقعين ٤٥٠/١

(٢٢) انظر الشروط الخاصة للاستصناع فى هذه الرسالة ص ١٥٦

رأى الحنفية :

قال الكاسانى (٣٣) عن الاستصناع .. أمجاوزه فالقياس أن لايجوز ..
لأنه بيع ماليس عند الانسان لاعلى وجه السلم .. « وقد نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ورخص في السلم »
ثم قال أيضا « وقد خرج الجواب عن قوله أنه معدوم لأنه الحق بالموجود
لمساس الحاجة اليه كالمسلم فيه ، فلم يكن بيع ماليس عند الانسان على
الاطلاق .

قال صاحب العناية (٢٤) .. (القياس يقتضى عدم جواز «الاستصناع»
لأنه بيع المعدوم .. وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند
الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل) .

وقال ابن الهمام (٢٥) .. ولايصح بيعا (أى الاستصناع) لأنه بيع
معدوم .

(٢٣) البدائع ٢٦٧٨/٦ .. أما عن كلامه في أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن
بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم .. فقد تكلم عنه صاحب نصب الرأية في تخريج
احاديث الهداية ٤٥/٤ فقال : روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند
الانسان ورخص في السلم قلت : غريب بهذا اللفظ .. وقوله (رخص في السلم) هو من
تمام الحديث لا من كلام المصنف صرح بذلك في كلامه .. ولكنى رأيت في شرح مسلم للقرطبي
ما يدل على أنه عثر على هذا الحديث بهذا اللفظ .. فقال : مما يدل على اشتراط الأجل
في السلم الحديث الذى قال فيه « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عندك
ورخص في السلم » فقال : لأن السلم لما كان بيع معلوم في الذمة كان بيع غائب فإن لم يكن
فيه أجل كان هو البيع المنهى عنه .. وانها استثنى الشرع السلم من بيع ماليس عندك لأنه
بيع تدعو الضرورة اليه لكل واحد من المتبايعين .. فإن صاحب رأس المال محتاج الى أن
يشترى الثمر وصاحب الثمر يحتاج الى ثمنه لينفقه عليه .. وظهر أن صفقة السلم من المصالح
الحاجية .. وقد سباه الفقهاء بيع المحاويج .. فإذا كان حالا بطلت هذه الحكمة وارتفعت
هذه المصلحة .. ولم يكن لاستثنائه من بيع ماليس عندك فائدة « .. أ. هـ .

وقد أخذ منها على أن الحنفية يرون أن السلم والاستصناع وغيرهما جاء على خلاف
القياس كما في نظرية الغرر للضرير ص ٣٥٧ يذكر فيها أن القول ببطلان بيع المعدوم
مطلقا قول لا تؤيده الأدلة بل هو قول يعارضه كثير من الأحكام المتفق عليها .. فقد أدرك
هذا القائلون ببطلان بيع المعدوم وخاصة الحنفية فقرروا أن البطلان هو القياس .. وأن
هناك عقودا تجوز استحسانا مع أن المحل فيها معدوم من أوضاعها الاجارة والسلم
والاستصناع فهذه العقود وأشباهاها موارد النص بجوازها جاءت على خلاف القياس عندهم».

(١٣٣) إي المستصنع فيه

(٢٤) العناية مع فتح القدير ٣٥٥/٥

(٢٥) شرح فتح القدير ٣٥٥/٥

* البحث السادس :

* رأى النظام الوضعى فى بيع المعدوم :

لما كان محل الالتزام فى المعدوم غير موجود (حاليا) بل هو ممكن الوجود فى المستقبل . . ففى النظام الغربى الوضعى (٢٦) « ينعقد العقد صحيحا حتى لو لم يكن الشئ موجودا ، مادام أنه ممكن الوجود فى المستقبل ، ولا يشترط أن يكون الشئ موجودا فعلا وقت التعاقد . . بل ينعقد العقد صحيحا حتى لو لم يكن الشئ موجودا مادام أنه ممكن الوجود فى المستقبل ، وكثيرا ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدرا معيناً من مصنوعات دون أن يكون قد أتم صنعه » . .

وفى الوسيط (٢٧) « اذا كان الالتزام محله حق عينى . . فالشئ الذى تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجودا . . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشئ موجودا وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

فاذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شئ موجود فعلا وقت نشوء الالتزام . . جاز أن يقع الالتزام على أن يوجد فى المستقبل . . فعلى هذا يشترط وجود الشئ المبيع وقت العقد اذا قصد المتبايعان التعاقد على شئ موجود فعلا . . فاذا ظهر فى هذه الحالة أن المبيع لم يكن موجودا وقت العقد فإن البيع لا ينعقد . . وذلك كما لو باع شخص منزلا ثم ظهر أن المنزل احترق قبل العقد أو وقته . .

ويشترط ايضا ألا يكون المبيع مستحيل الوجود اذا كان التعاقد على شئ مستقبل . . لهذا يمكن أن نأخذ هذين الشرطين من المدنى المصرى (٢٨) فى المادة التى تنص على أنه « اذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا » .

وفى الفقرة الأولى من المادة (١٣١) من المدنى المصرى (٢٩) مايدل على جواز بيع الأشياء المستقبلية حيث تقول «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا » . . وهو يعنى أن بيع الأشياء المعدومة وقت العقد جائز قانونا مادام وجودها محتملا فى المستقبل .

(٢٦) مصادر الحق للسنهورى ٨/٣

(٢٧) الوسيط للسنهورى ٣٧٦/١

(٢٨) القانون المدنى المصرى م/١٣٢

(٢٩) المدنى المصرى م ١٣١

المناقشة :

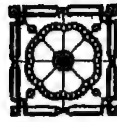
مما تقدم .. يتبين لنا أن بيع الأشياء المستقبلية المحققة الوجود بحسب العادة يجوز بيعها في الشريعة والنظام الوضعي كالسلم، والاستصناع ..

أما المحتمل وجودها من الأشياء المدومة .. فإن الشريعة الإسلامية تمنعها. حين نجد النظام الوضعي يجيزها .. فالنظام الوضعي يجيز مثلاً بيع ما تنتجه الأرض ولو قبل زراعته .. وهذا ممنوع في الفقه الإسلامي .. وهو اختلاف واسع جداً بين النظام الوضعي ونظام الله المتين.

* المبحث السابع :

* حكمة مشروعية الاستصناع:

يقوم الإسلام على أساس حفظ النفس والبدن والمال وغير ذلك ، وسد حاجات الأمور المذكورة أعلاه يكون بعدة صور منها القيام بالصنع الذي يعتبر الطريق الأمثل أمام الجميع منذ القدم. فوضع الإسلام الأسس العامة للتعامل بالصناعات ولهذا شرع الاستصناع لهذا الغرض. فالصانع يجعل له الارتفاق ببيع ما يبتكر من صناعة وفق شروط طالباها وهو المستصنع، أما الموجود بالسوق من حاجيات سابقة الصنع قد لا تفي بالغرض وليس هناك سوى الاستصناع أو عقد المقاوله كحل لسد حاجات المجتمع الإسلامي المتكامل المتطور.



الباب الأول

مفهوم الاستصناع، وهل هو عقد أم وعد ؟

* * *

- الفصل الأول : تعريف الاستصناع .
- الفصل الثاني : هل الاستصناع عقد أم وعد ؟
- الفصل الثالث : تعريف المقدر بصورة عامة .

الفصل الأول : تعريف الاستصناع .

* المبحث الأول :

* التعريف اللغوي للاستصناع :

جاء في لسان العرب (١) .. (صنع يصنعه صنعا فهو مصنوع ،
وصنع أى عمله . ومن ذلك قوله تعالى (صنع الله الذى أتقن كل شئ) (٢)
... الآية)

قال أبو اسحق .. قراءة صنع بالنصب ، ويجوز بالرفع ، فمن نصب
فعلى المصدر أى كأنه قال : صنع الله ذلك صنعا .. ومن قرأ بالرفع :
صنع الله .. فعلى معنى «ذلك صنع الله» ..

ويقال .. لصطنع فلان خاتما .. اذا سأل رجلا ان يصنع له خاتما ..
روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (٣) : « اصطنع خاتما
من ذهب كان يجعل غصه فى باطن كفة اذا لبسه .. فصنع الناس ثم انه
رمى به » أى أمر أن يصنع له كما تقول : اكتب أى أمر أن يكتب له ..
والطاء فى اصطنع بدل من تاء الافتعال أى أبدلت التاء طاء لوجود الصاد
قبلها ..

واستصنع الشئ .. أى دعا الى صنعه ..

والصناعة هى : حرفة الصانع وعمله الصنعة .. وأما الصناعة فهى
ما تستصنع من أمر .

وفى الصحاح (٤) .. الصنع بالضم : مصدر قولك صنع إليه معروفا
.. وصنع به صنيعا قبيحا .. أى فعل .. وصنعة الفرس أيضا حسن
القيام (عليه .. فنقول : صنعت فرس صنعا وصنعة فهى فرس صنيع) .

(١) راجع لسان العرب لابن منظور / باب صنع .. وتاج المروس للزبيدي - فصل
الصاد من باب العين ، ومعجم متن اللغة - لأحمد رضا ٣/ ٥٠٠ .

(٢) النحل / ٨٨ .

(٣) هذا حديث صحيح ثابت وله طرق فى الصحاح أخرجه فى كتابيهما من عدة طرق
انظر النهاية فى غريب الحديث والأثر ٣/ ٥٦ .. نقلا عن الامتياز ص ٢٢١ - ٢٢٣

(٤) الصحاح للجوهري - باب صنع .

ويقال سيف صنيع : أى مجلو ، وامزاه صناع اليدين : أى امرأة
حاذقة ماهرة بعمل اليدين ، ورجل صنيع اليدين : وصنع اليدين أيضا
بكسر الصاد : أى صانع حاذق .

ويقال : اصطنعت عند فلان صنعة ، واصطنعت فلانا لنفسى وهو
صنيعتى اذا اصطنعته وخرجته .

الخلاصة :

عرفنا أن الاستصناع فى اللغة .. هو : طلب عمل الصنعة من
الصانع فيما يصنعه .. وكان الواضح من العرف اللغوى أن الاستصناع
هو أن يطلب من صانع أن يعمل له شيئا ما ويصنعه مما هو من حرفته
وصناعته .. كالرجل يطلب من الخياط أن يصنع له ثوبا ومن صانع له
حذاء .. وعلى نطاق أوسع فيما بين الدول كأن تطلب الدولة من مؤسسة
ما أن تصنع لها سيارات معينة أو طائرات على أوصاف تختلف عما هو
موجود فى البلد المصنوع .. أو آلات انتاجية اخترعها شخص ما فى
بلدها ..

غالفهم اللغوى .. له تأثير واضح فى تحديد الاستصناع عند الفقهاء
كما سيأتى

* المبحث الثانى :

* التعريف الاصطلاحي للاستصناع عند الفقهاء :

التمهيد :

ان تجديد معنى الاستصناع عند الفقهاء واعتراغهم بمشروعيته او
عدمها يأخذ اتجاهين هما :

الاول : وهو اتجاه أكثر الحنفية .. وصورته واضحة عندهم على
انه عقد مستقل أو ما يسمى فى عرف النظم الوضعية عقد مسمى .

الثانى : وهو اتجاه المذاهب الثلاث «المالكية ، الشافعية ، الحنابلة»
وصورته عند أكثرهم قريبة الى صورته عند الحنفية .. لكنهم منعهوه ولم
يعطوه ذلك الاهتمام الكبير الا ان السلم بالصناعات كان البديل عندهم
فى التعامل بالصناعات .

الفرع الأول تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول (الحنفية)

يأخذ التعريف بالاستصناع عند فقهاء الحنفية طريقتين :

الطريق الأول : تعريفه بذكره صورته (التعريف بالرسم (هـ))

الطريق الثانى : تعريفه بالحد (٦) ..

واليك تفصيل هذا ..

الطريق الأول : (التعريف بذكر صورته أى بالرسم)

ذكر كثير من فقهاء الحنفية صوراً للاستصناع للتعريف به نذكر من أقوالهم مايلي :

السرخسى : قال الإمام السرخسى (٧) : فى مبسوطه استصنع الرجل عند الرجل خفين أو قلنسوة أو طستا (٨) أو كوزاً أو آنية من النحاس .. وبمثله قال السمرقندى (٩) وغيره ..

الكاسانى : قال الكاسانى (١٠) : « لو قال انسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرها اعمل لى خفا أو آنية من آديم أو نحاس من عندك بثمن كذا ويبين نوع مايعمل وقدره وصفته .. فيقول الصانع نعم » .. وبمثله هذا قال : البابرتى (١١) : وأبو بكر بن المنذر (١٢) ..

(هـ) الرسم : هو لفظ وجيز مميز المخبر عنه مما سواه فقط دون أن ينبىء عن طبيعته كقولك الانسان هو ضاحك فانك ميزت الانسان بهذا اللفظ تمييزاً صحيحاً مما سواه الا انك لم تخبر بطبيعته لانك لو توهمت الضحك مرتفعاً عن الانسان لم تبطل بذلك عنه الانسانية ... انظر الاحكام لابن حزم ٣٤/١ — مطبعة الامام — مصر .

(٦) الحد : هو لفظ وجيز يدل على طبيعة الشيء المخبر عنه كقولك الجسم : هو كل طويل عريض عميق فان الطول والعرض والعمق هى طبائع الجسم لو ارتفعت عنه ارتفعت عنه الجسمية ضرورة ... انظر الاحكام لابن حزم ٣٤/١ .

(٧) المبسوط ١٢/١٣٨ .

(٨) الطست فى لغة ، والطس فى لغة أخرى لطفى .. وهو اناء يستعمل للفسيل انظر مختار الصحاح — باب الطاء .

(٩) انظر تحفة الفقهاء ٢/٥٣٨ ، وراجع مخطوطة جامع الصدر الشهيد ترتيب الجامع الصغيرة للامام محمد بن الحسن ١/٦٣ .

(١٠) البدائع ٦/٢٦٧٧ .

(١١) العناية على الهداية ٥/٣٥٤ .

(١٢) مخطوطة الاشراف فى مسائل الخلاف والاجماع ص ٢٧ — فقد جاء مائصه : « واختلفوا فى الرجل يستصنع عند الرجل الشيء مثل الطست والابريق والقلنسوة والخف وما اشبه ذلك .. فوصف له صنعة معلومة معروفة عند اهل العلم بتلك الصناعة انتهى ..

الكمال بن الهمام (١٢) : أما ابن الهمام فقد زاد في أمثلة وصور الاستصناع التى تمثل ماكان معروفا في عصره كصناعة الزجاج والحديد والطواحن وغير ذلك .. وبما يقارب هذا وذلك قال ملا خسرو (١٤) .

مجلة الأحكام العدلية :

وأما مجلة الأحكام العدلية المتأخرة عصرا .. فقد جاءت بصور أخرى تدل على ما في ذلك العصر من صور جديدة .. غنى المادة (٣٨٨) مانصه (١٥) : مثلا : لو أرى المشتري رجله لخفاف وقال له : أصنع لى زوجى خف أو تناول مع نجار فعلى أن يصنع له زورقا أو سفينة وبين طولها وعرضها وأوصافها اللازمة وقبل النجار انعقد الاستصناع .. كذلك لو تناول مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشا ، وبين الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع .

مانتيده هذه الصور من نوع المال المصنوع :

ماذكره الفقهاء من أمثلة وصور وهى كثرة قد أفادتنا بما يلى :

١ — ذكروا أمثلة الاستصناع عندهم وفي وقتهم وهى المعتادة والمتعارفة بين الناس . فالسرخسى ذكر الخف وبمثله قال السمرقندى والكاسانى والبايرتى وابن الهمام . فهؤلاء جميعا جاءوا بنفس الصورة تقريبا : الخف والطست والقلنسوة .. الخ أما في العصور المتأخرة : فقد اتسعت الحضارة ، وبدأت أشياء مصنوعة جديدة كما في عهد العثمانيين .. فنجد الأمثلة قد توسعت الى الثياب والأسلحة حربية كانت أو سلمية .. والسفن الشراعية وما الى ذلك .

= * وابن المنذر : هو أبو بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابورى كان فقيها عالما منصف في اختلاف العلماء كتبها لم يصنف مثلها — توفى سنة ٣٠٩ هـ — او سنة ٣١٠ هـ — راجع وفيات الأعيان ٤٤/٣ نقلا عن نظرية الإباحة لذكور ص ٤١١ .

(١٢) فتح القدير ٣٥٤/٥ .

(١٤) الدرر المحكام في شرح غرر الأحكام ١٩٧/٢ .

(١٥) مجلة الأحكام العدلية — مادة (٣٨٨) .. انظر درر المحكام شرح مجلة الأحكام لعلى

حيدر .. وانظر شرح المجلة المذكورة لباز ص ٢١٨ .

٢ — المادة الخام : أما المادة الخام المستعملة في هذه الأدوات المصنوعة فالملاحظ أنها تتكون من النحاس والجلد إلا أن بعضهم كابن الهمام ذكر الحديد والزجاج والطواجن التي تتكون عادة من الآجر .

٣ — وأخيرا .. غهذا لا يمنع أن تدخل اليوم في الاستصناع أنواع جديدة ومواد خام لم تكن مستعملة سابقا .. فإلطاره والصاروخ والبيوت الجاهزة والسيارات والأثاث ومواد البناء والآلات الدقيقة كالساعات وغير ذلك من المعدات التي يحتاجها العصر الخاضر .. وتلى علينا الظروف الصحية والاقتصادية والتعليمية والزراعية والصناعية الحاجة إليها والتي تعرف على الحصول عليها عن طريق الاستصناع . يمكن أن يدخل التعامل بها عن طريق الاستصناع ..

الطريق الثانى لتعريف الاستصناع :

✽ التعريف بالحد :

بعد أن ذكرنا من عرفه بذكر أمثله وصوره نبين هنا من أراد تعريفه بالحد وهو عند الحنفية على اتجاهين :

الاتجاه الأول :

✽ العينى (١٦) : قال العينى .. الاستصناع هو (أن يطلب من الصانع أن يصنع له شيئا بثمن معلوم) .

✽ ابن عابدين (١٧) : قال ابن عابدين هو طلب العمل منه فى شىء خاص على وجه مخصوص .

✽ مرشد الحيران (١٨) : ويمثل تعريف ابن عابدين ذكر فى مرشد الحيران وغيره (١٩) .

(١٦) رمز الحقائق شرح كنز الدقائق ٥٦/٢ ، ٥٧

(١٧) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٢٢٣/٥ .

(١٨) مرشد الحيران / محمد قفري باشام / ٤٦٢ .

(١٩) عرفه من المعاصرين الشيخ على الخفيف ، والشيخ فهمى أبو سنة .. إلا أن أبو سنة زاد فى تعريفه قيذا هو من الشروط التى وضعتها المجلة فى الاستصناع بصورة خاصة مقال فى ص ١٣٨ من كتابه « العرف والعادة » (أن يطلب من الصانع عمل شىء بتادته من عنده على وجه خاص)

مما سبق .. يتبين أن المعرفين للاستصناع لم يبينوا كونه عقدا أو وعدا، وهل هو بيع أم غير بيع .. فهذا الاتجاه في التعريف هو الذي دفعنا الى تقديمه على غيره من التعريفات .. لأن الاطلاق هذا يجعل لهذا النوع من التعريف مكانة خاصة . علما بأن تعريف مرشد الحيران لا يختلف عن ابن عابدين شيئا .. وكلاهما لا يختلفان عن العيني إلا أن التعريفين الآخرين زادا التخصيص في الشيء والوجه المخصوص وهما وصف للشيء المذكور عند العيني لا أكثر .

والذي أراه أن هذه التعريفات هي نفس المعاني التي يراها الحنفية في أن الاستصناع نوع من البيع .. لأن طلب المادة مع الصنعة وبثمن معلوم يستدعي مبادلة مال بمال بالتراضي عند الحنفية (٢٠) .. والبيع عند اطلاقه يكون عقدا لا وعدا .

الاتجاه الثاني :

وبصيغة أخرى عرفه بعض الحنفية على النحو الآتي :

هو بيع : قال ابن عابدين (٢١) .. الاستصناع هو (بيع عين موصوفة في الذمة لبيع عمل) .

هو عقد : ومنهم من صرح تصريحاً واضحاً بكون الاستصناع عقدا منهم الكاساني والسمرقندي قال الكاساني (٢٢) : يرى بعض الفقهاء أن الاستصناع هو « عقد على مبيع في الذمة » .. قال السمرقندي (٢٣) أن الاستصناع « عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع » .

وبمثل هذا القول .. نقل لنا الكاساني قول بعض الفقهاء (٢٤) .
هو عقد مقاوله (٢٥) : أما مجلة الأحكام .. فتري أنه « عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا » .

(٢٠) فتح القدير / ابن الهام / ٧٣/٥ .

(٢١) حاشية ابن عابدين ٢٢٥/٥ .

(٢٢) البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(٢٣) نفس المصدر السابق .

(٢٤) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٥٢٨/٢ .

(٢٥) قاوله في أمره وتناولوا أي تناوؤا — انظر مختار الصحاح باب القاف .. وعقب

على حيدر في شرحه بأن هذا تعريف الاستصناع شرعا في المجلة .. انظر دور

الحكام شرح مجلة الأحكام ٩٩/١ . لعلى حيدر .

ومن كل ما تقدم .. يمكن أن نستخلص ماهية وحقيقة عقد الاستصناع عند الحنفية بالكيفية التي توصلت إليها المجلة العدلية بقولها « إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع اصنع لى الشيء الفلانى بكذا قرشا وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعا » . ومثلت أمثلة من واقع الأمر كما لو طلب الصنع من النجار فى صنع الزورق أو السفينة أو السلاح (٢٦) .

المقارنة :

من التعاريف السابقة عرفنا بأن تعريف البعض من فقهاء الحنفية له شبه كبير بالتعريف الذى ساقه البعض الآخر ، ولتفصيل هذا نقول :
السمرقندى .. عرفه كتعريف بعض الفقهاء المنقول لنا عند الكاسانى .. وتعريف العيني شابهه تعريف ابن عابدين .. الا ان ابن عابدين لم يذكر قيد « بثمن معلوم » وان هذا القيد معروف بديهيا فى عقود المعاوضات .. فما دام الصانع يستعد بالمادة الخام والعمل فلا بد ان يكون فى أغلب الأحوال بثمن معلوم ..

ولكن تعريفهما مع ترك هذا القيد يقرب جدا الى تعريف السمرقندى والتعريف الذى نقله لنا الكاسانى .. لانها ذكرا قيد « بطلب العمل من الصانع » والمعروف أن الصانع اذا ما طلب منه صنع شيء ما وتم القبول منه صار عقدا .. وتعريف السمرقندى وتعريف بعض الفقهاء متفقان على ان الاستصناع عقد » .

التعريف المختار للاستصناع :

بعد الاستعراض المذكور أرجح واختار التعريف التالى لعقد الاستصناع الذى هو :

عقد على مبيع فى الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص .

وجه الترجيح :

١ — التعريف الذى ذكر خاليا من قيد شرط العمل وهو « عقد على مبيع فى الذمة » تعريف غير مانع ذلك لأنه يدخل فى التعريف عقد السلم فيصبح

(٢٦) موسوعة مصر للفقهاء ١٠/٧ جاءت بتعريفين بالاستصناع لهما تشابه كبير مع التعاريف المنتهية السابقة وهى منها بلا شك .

التعريف جامعا غير مانع .. وشرط التعريف أن يكون جامعا لأفراد المعرف مانعا من دخول غير أفرادها فيه .

٢ - التعريف المذكور والمختار يوافق المعنى اللغوي ..
فالاستصناع طلب الصنعة والعقد عقد استصناع .. غلابد في العقد من قيد شرط الصنعة .. وبذلك قال الكاساني (٢٧) .

٣ - أما من قال بأن شرط الصنعة ليس قيداً في التعريف بدليل أنه لو تعاقد على مبيع في الذمة واحضر الصانع عينا كان قد صنعها قبل العقد ورضى بها المستصنع وسلمها له انعقد للعقد وصح .

يرد على ذلك .. بأن العقد هنا قد تم بطريق آخر غير الطريق الاول هو طريق التعاطي ..

شرح التعريف :

القول بأنه « عقد » يخرج ماهو وعد عند أكثر فقهاء الحنفية وهو ما فصلته سابقا والقول بأنه « مبيع » قيد ثان احترز به عن الاجارة لأنها عقد على منافع وليست على عين .. واحترز به أيضا عن العقد على العمل أو الاجارة على العمل فهو ليس بعقد على مبيع ..

والقول بأنه « على مبيع » ينبىء على أن هناك شيئا يباع .. وهو في الاستصناع المادة الخام .. التي يستعد بها الصانع .. والمعروف أن المادة في الاجارة على العمل من عند المستأجر .. وعلى الاجير العمل فقط.

والقول بأنه « في الذمة » قيد ثالث احترز به عن البيع باطلاقه .. اذ أن من شروط البيع أن يكون مقبوضا في المجلس وهنا المطلوب صنعه في الذمة ..

والقول بأنه « شرط فيه العمل » قيد رابع احترز به عن السلم اذ أن السلم هو بيع آجل بعاجل (٢٨) .. ففيه مبيع في الذمة .. وقيل (٢٩) هو اخذ ثمن عاجل بآجل .. والاستصناع لا يشترط فيه اخذ الثمن عاجلا .. وهذا يكفي لاجراج السلم من التعريف .. ويؤيد هذا ما نقل لنس السمرقندي (٣٠) في البيع بأنه اربعة انواع : فذكر منها : « بيع الدين بالعين

(٢٧) انظر البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(٢٨) فتح القدير لابن الهمام ٣٢٣/٥ .

(٢٩) حاشية سبزي جلد ١ مع فتح القدير ٣٢٣/٥ - .

(٣٠) تحفة الفقهاء ٥/٢ ، ٦٤ .

وهو السلم » .. وأن المسلم فيه مبيع وهو دين .. ورأس المال قد يكون عينا ، وقد يكون دينا .. ولكن قبضه شرط قبل افتراق العاقلين بأنفسهما فيصير عينا .

أما في الاستصناع فلا يشترط فيه القبض عند أكثر الفقهاء وهم الجمهور من الحنفية وشيء آخر هو أن السلم لا يشترط أن يكون المسلم فيه مصنوعا ، بل في الغالب يكون طعاما أو حيوانا أو غير ذلك .. المهم أن لا يشترط فيه الصنع .. فقد يكون مصنوعا أو غير مصنوع ..
أما الاستصناع فيشترط فيه الصنع .. والشرط « يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي (٢١) » .

أما القول بأنه « على وجه مخصوص » أى جامع لشرائط الاستصناع التى منها بيان جنس العقود عليه ونوعه وصفته وقدره . وكونه مما جرى باستصناعه في العرف وهو احتراز عما لم يستجمع الشروط .. حيث يكون استصناعا فاسدا ..

وهذا ما رجحه الكاسانى بقوله : والصحيح هو القول « بأنه عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل » .. لأن استصناع : طلب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا .. فكان مأخذ الاسم دليلا عليه ..

ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلما .. وهذا العقد يسمى استصناعا واختلاف الأسماء دليل اختلاف المعاني في الأصل .. وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضى به المستصنع فأنما جاز لا بالعقد الأول بل بعقد آخر وهو التعاطى بتراضيهما .

مقومات الاستصناع :

في التعريفات السابقة .. نجد أن الاستصناع يقوم على مستصنع وصانع ومال مصنوع وثن ..

فالمستصنع : هو طالب الصنعة إذا باشره بنفسه أو بواسطة وقد يكون فردا أو مؤسسة .

(٢١) البدائع : ٢٦٧٧/٦ .

والصانع : هو من يقوم بتحضير المادة الخام ويقوم بالعمل .. اذا باشر الصنع هو أو من يقوم مقامه كالصانع الذي يعمل عنده أو يعطيه العملية بكاملها (٣٢) ويكون «الصانع» المتعاقد مسئولاً عن كل شيء».

المال المصنوع : هو محل العقد .. فعند تحويل المادة الخام الى شيء آخر متفق عليه يسمى هذا المحول بالمال المصنوع .. أو المستصنع أو المستصنع فيه حسب تعابير الفقهاء.

والثمن : هو المال الذي يدفعه المستصنع نظير المطلوب صنعه وهو قيمة المادة الخام مع عمل الصانع.

الالفاظ ذات الصلة

- ١ - الاجازة على الصنع : عند بعض الفقهاء (٢٢) بيع عمل ، العين تبع وهذه تختلف عن الاستصناع حيث أن الأخير بيع عين موصوف في الذمة وليس بيع عمل ، وفي الاستصناع تكون المادة والعمل من الصانع ، حين الاجارة على الصنع تكون المادة من المستاجر لا من الصانع.
- ٢ - الجعالة : التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه، وهي عقد على عمل (٢٢) فهي في الصناعة وغيرها ، حين الاستصناع خاص بالصناعات.
- والجعالة قد يكون العمل فيها مجهول ، والاستصناع كما يذكر الحنفية يشترط فيه أن يكون العمل معلوماً.
- ٣ - السلم بالصناعات : ويرد توضيح مقارب في ص ١١٧ من كتابنا هذا.

(٢٢) يسمى مثل هذا التعاقد بالمقابلة على الباطن في النظم الوضعيه.

(٢٢) (أ) المبسوط ٨٤/١٥ م دار المعرفة / بيروت.

(٢٢) (ب) مقني المحتاج ٤٢٩/٢ ط م الحلبي.

الفرع الثاني :

تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني :

التمهيد :

أن بحث الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني وهم :

المالكية الشافعية الحنابلة

أمر ليس بالهين وخاصة لاستخلاص تعريف أو بيان حكم أو مالى ذلك .. فهم بمجموعهم انفردوا باتجاه خاص في عقد الاستصناع .. وسبب هذا كله أنهم لم يعترفوا بالاستصناع كعقد مستقل مسمى باسمه كما فعل الحنفية .. بل أدمجوا مسأله تارة في عقد السلم وتارة أخرى في البيع بالصفة .

علما بأن بعضهم — كما سنورده فيما بعد — منعه صراحة (٣٣) ، والآخر شبهه بالسلم تشبيها لا تمثيلا (٣٤) ، ومع هذا كله سأحاول استخلاص تعريف له عندهم .

واللدخول في هذا .. يستحسن أن نأخذ فكرة موجزة عن مدى تكييفهم لسد لول كلمة « استصنع » ، واستصناع .. وهل يفهم من استعمالهم للكلمات تلك أنهم فهموا الاستصناع كعقد مستقل .. أم كما قلت سابقا أنهم أدمجوا مسأله في عقد السلم ، أو البيع على الصفة ..

المطلب الأول :

تعريف الاستصناع عند المالكية :

يستعمل فقهاء المالكية لفظة (استصنع) (واستصناع) في أواخر باب السلم . فهذه الالتفاتة منهم تفرح الدارس فتشده اليها ظنا منه أنهم اهتموا بالاستصناع كعقد مستقل كفقهاء الحنفية .

(٣٣) وهم الشافعية (انظر الام للشافعي ١١٦/٢ وما بعدها ، شرح المنهاج للمحلى ٣٣٩/١ وما بعدها) . والحنابلة في (الفروع ٢٣/٢ ، الانصاف ٢/٣٠٠) (٣٤) المالكية : (انظر مواهب الجليل للخطاب ٥٣٩/٤ ، المدونة للإمام مالك ١٨/٩ وغيرهما مما سنذكر من المراجع) .

لكنه عند التدقيق والتحقيق في نصوص مذهبهم نجدهم يشبهون مسائل الاستصناع بالسلم .. فيشترط فيه شروط السلم ، فهم لم يعتبروه عقدا مستقلا بل أدرجوا مسأله ضمن مسائل السلم ، ويتضح ذلك من النصوص التالية :

خليل : جاء في مختصر خليل (٢٥) عند البحث في السلم وبالذات عندما تكلم عما يجوز السلم فيه وما لا يجوز قال : والشراء من دائم العمل كالخباز وهو بيع وأن لم يدم فسلم : كاستصناع سيف أو سرج .. فعطف الاستصناع على ما يجوز السلم فيه .

مالك : وجاء في المدونة (٣٦) .. قلت ما قول مالك في رجل استصنع طستا أو تنورا أو قممها أو ثفنسوة أو خفين أو لبدا (٢٧) أو اصطنعت سرجا أو قارورة أو قدحا أو شيئا مما يعمل الناس في أسواقهم من آنياتهم أو امتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصانع .

ابن رشد في المقدمات : أما ابن رشد فقد لخص لنا رأى المالكية في السلم بالصناعات ، وأعطى حكم هذا التعامل بأنواعه ، وعد أنواع السلم بالصناعات بأنها أربعة (٣٨) وعد منها ما إذا لم يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ولم يعين ما يعمل منه .

(٣٥) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - الخطاب ٤/٣٩١ هـ .

(٣٦) المدونة الكبرى - للإمام مالك ١٨/٦ .

(٣٧) اللبد : بوزن الجند اللبود أو اللبدة اخص منه قلت وجمعها لبدة واللبادة : ما يلبس منه للمطر .. مختار الصحاح باب اللام - وتيل (ما له سبد) ولا لبد بفتح الباء فيهما أى قليل ولا كثير .. والسبد من المشعر واللبد من الصوف . أنظر أيضا مختار الصحاح باب السين .

(٣٨) قال ابن رشد في المقدمات ١٥٩/٢ وما بعدها (وأما السلم في الصناعات فينتسم في مذهب ابن القاسم على أربعة أقسام ..

* **أحدهما** : أن لا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ، ولا يعين ما يعمل منه

ثانيهما : أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه ..

ثالثهما : أن لا يشترط عمله ويعين ما يعمل منه .

رابعهما : أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه ..

* **فأما الوجه الأول** .. وهو أن لا يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه فهو سلم على حكم السلم لا يجوز إلا بوصف العمل وشرب الأجل وتقديم رأس المال ..

* **وأما الوجه الثاني** فليس هو بسلم وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء

المبيع .. فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل أو تمكن أعادته للعمل أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز : على أن يشرع في العمل وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام أو نحو ذلك .. فإن كان على أن يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيره .. وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى الثلاثة الأيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط .. حتى يشرع في العمل

وحكم هذا النوع عنده : هو سلم على حكم السلم لا يجوز الا بوصف العمل وضرب الأجل وتقديم رأس المال ..

يستدل من قول ابن رشد .. أن من يطلب من صانع صنع شيء له فهو جائز ولكن حكمه حكم السلم وبشروط السلم لا يخرج عنها ، ونحن نعرف أن الاستصناع موضوع بحثنا هو ما كان فيه طلب صنعة على وجه مخصوص ويكون بالذمة .. ولم يعين فيه العامل .. بل أطلق الطلب .. فقد يكون الصانع نفسه أو غيره .. وكذلك لم تعين المادة بالذات بل وصفت بأوصاف معروفة تخرج العقد عن المنازعة .. وهذه كلها ذكرها ابن رشد لكنه أضاف بأن يكون بشروط السلم .. والسلم يشترط فيه مثلا دفع رأس المال مقدما .. وعند المالكية يجوز الى ثلاثة أيام .. حين نجد فيما بعد بأن هذا ليس بشرط .. فقد يدفع وقد لا يدفع المستصنع فهو ليس بشرط عند الحنفية .

الدردير :

يقول الدردير (٣٩) .. ثم شبهه في السلم قوله : (كاستصناع سيف) أو ركاب من حداد أو سرج من سروجي أو ثوب من حياك أو باب من نجار على صفة معلومة بثمن معلوم فالتعاقد على صنع شيء يأخذ حكم السلم عندهم .. قال الدردير (٤٠) وقول خليل كاستصناع سيف ... تشبيهه لا تمثيل .

أنواع المال المصنوع عند المالكية :

بعد أن تبين لنا موقف المالكية من الاستصناع وهو أنه عقد جائز شبيهه بالسلم وبشروطه ، نريد أن نعرف موقف المالكية من هذا العقد

== أما الوجه الثالث .. وهو أن لا يشترط عمله بعينه ويعين ما يعمل منه فهو أيضا من باب البيع والأجرة في المبيع .. الا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره الى نحو ثلاثة ايام بتعجيل النقد وتأخيره .

الوجه الرابع .. وهو أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه .. فلا يجوز ذلك لأنه يحتويه أصلا من مناقضان لزوم النقد لكون ما يعمل منه مصنونا وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه .

* وابن رشد هو : محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد قاضي الجماعة بقرطبة من اعيان المالكية وهو جد ابن رشد الينلسون توفي سنة ٥٢٠ هـ . انظر الاعلام ٢١٠/٦

(٣٩) الشرح الصغير للدردير ٢٨٧/٣

(٤٠) نفس المصدر السابق ٢٦١/٣

بالنسبة للمادة المستصنعة هل الجواز عام في كل مادة تستصنع ..
أم الجواز خاص ببعض المواد الخام المستصنعة دون البعض الآخر ..
والوصول الى ذلك نرجع الى نصوص المذاهب الواردة في هذا
الموضوع فنجدها كما يلي :

انها لم تقيد الجواز لا بمادة خام واحدة ولا بصنعة معينة الشرط أن
لا يكون هذا العقد مصادما لنص شرعى يمنعه ..

سبب هذا الاطلاق : أن سبب هذا الاطلاق في أنواع المال المصنوع
والمادة الخام هو أنهم يكيفون هذا التعامل على عقد ورد جواز العمل به
في القرآن والسنة والاجماع .. الا وهو السلم .. فكل ما جاء وفق شروط
السلم يجوز التعامل به . وما ذكروه انها هو للتمثيل لا للحصر ..

تعريف الاستصناع عند المالكية :

الاستصناع في اللغة .. طلب الصنعة .. وطلب الصنعة عند المالكية
أن كان من غير تعيين للعامل ولا الممول منه (المادة الخام) فهو شبيه
بالسلم ويأخذ حكمه بشروطه فالذى استخلصه من هذا أن تعريفه
عندهم هو :

بيع موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه يشترط فيه الصنع ..

اساس التعريف :

اخذنا تعريف الاستصناع هذا من تعريف السلم عند المالكية .. فمقد
عرفه فقهاء المالكية عدة تعريفات اخترت منها ما قاله صاحب اقرب
المسالك (٤١) ، واضفت عليه القيد الأخير .. علما بأن هناك عدة تعريفات
لفقهاء آخرين (٤٢) ..

(٤١) الشرح الصغير للدردير ٢٦١/٣

(٤٢) تعريفات لفقهاء المالكية للسلم عديدة منها ما عرّفه ابن عرفة بأنه (عقد معاوضة
يوجب عبارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير مماثل العوضين) انظر مواهب الجليل
للخطاب ٥١٤/٤ ، وما عرف في الشرح الكبير ١٧٠/٣ بأنه بيع تقدم فيه رأس المال
ويتأخر الثمن لاجل .

(*) ابن عرفة : هو محمد بن محمد بن عرفة البدرغى أبو عبد الله المالكي امام تونس
وعالمها وخطيبها في عصره توفي سنة ٨٠٣ هـ — انظر الاعلام ٢٧٢/٧ .

فأساس التعريف هو أن السلم (٤٢) بيع موصوف مؤجل في الذمة في غير جنسه .

شرح التعريف :

التعريف الذى اراه للاستصناع يكون شرحه كالآتى :
القول بأنه « بيع موصوف » ينبىء على أنه نوع من أنواع البيوع ..
فيدخل فيه الطعام والعرض ، والحيوان ، وغير ذلك مما يوصف .
وكلمة « موصوف » يخرج به المعين بالذات .. فبيعه ليس بسلم
بالصناعات .

القول بأنه « مؤجل » : يخرج غير المؤجل كالبيع الحال .

والقول بأنه « فى الذمة » : معناه ذمة المسلم اليه .. فيخرج بيع
الموصوف ، فهو ليس فى الذمة .. كيبيع ما فى المعدل .. وكيبيع موصوف
بمكان غير مجلس العقد وبيع الأجل لأنه اشتراء معين بثمن مؤجل .
والقول « بغير جنسه » : قيد يخرج ما اذا دفع شيئا فى جنسه وليس
بسلم شرعا .

والقول « يشترط فيه الصنعة » قيد يخرج السلم فى المزروعات والمواد
غير المصنوعة أو المطلوب صنعها .

وهذا التعريف الذى اخترته هو تعريف للسلم كما قلت .. بزيادة
القيد الأخير .. فعلى هذا .. يكون الاستصناع الذى بحثه الحنفية ..
هو غير الذى بحثه المالكية .. فالاستصناع عند المالكية : بعيد عن
دراستنا ، وانما أردنا بيان موقفهم مع مثل هذا التعامل ، وهو ما سنبينه
عند الكلام عن حكم الاستصناع — ان شاء الله .

* المطلب الثانى :

* تعريف الاستصناع عند الشافعية :

* التمهيد :

أن اخذ تعريف للاستصناع أو حكم له عند الشافعية امر صعب وذلك
لأن الشافعية جروا على ما جرى عليه غيرهم من المالكية والحنابلة من
عدم اعتبار الاستصناع عقدا مستقلا .. بل هو مدرج ضمن مسائل السلم .

(٤٢) الشرح الصغير للدردير ٣/٣٦١

لذا سأتكلم عن الاستصناع عند الشافعى أولا وذلك ببيان رأيه فى السلم بالصناعات .. وأردفه بقول الحنفية عنه بالمنع لكى أخلص من هذا كله لتعريف الاستصناع ذلك العقد الذى منعه الشافعى .

أما أصحاب الشافعى .. فسأبين رأيهم فى السلم بالصناعات لأن طلب الصنعة له حل عندهم وذلك عن طريق السلم بشرط ضبط الصفات .. وأخيرا أبين رأى أحد فقهاء الشافعية فى أنواع السلم بالصناعات .

السلم بالصناعات عند الإمام الشافعى :

جاء فى الأم (٤٤) للشافعى أن السلم بالصناعات ينقسم الى قسمين :

القسم الأول : وهو ماكان من مادة خام واحدة ماعدا المادة المزيئة .

القسم الثانى : وهو ماكان من مادتى خام فأكثر ماعدا المادة المزيئة (٤٥)

واليك التفصيل :

القسم الأول :

وهو السلف فى الصناعات المكونة من مادة خام واحدة .. جاء فى الأم (٤٦) أن مايصنع من مادة خام واحدة كالحديد أو الخشب أو الرصاص ، أو الذهب ، أو الفضة يجوز السلف فيها ، ولو كان معها مادة مزيئة كالصبغ فى الخشب والحديد أو المسمار فى الخشب . أو الخيط فى القطن .. أو الصوف فى الأثياب .

غهو يرى اذن .. أن طلب الصنعة للمادة الخام الواحدة جائز .. ويعطيه حكم السلم كغيره من أصحاب الاتجاه الثانى لكنه فصل بين ما اذا كان المستصنع فيه من مادتى خام فأكثر .

وعلة الجواز فى هذا القسم كون المادة الخام الواحدة يمكن ضبطها ومعرفة ما وضع منها وكميته أو وزنه وهو الذى يركز عليه الشافعى عند

(٤٤) انظر الأم : للشافعى ١١٦/٢ وما بعدها .

(٤٥) يفهم من رأى الشافعى فى المادة المزيئة أنها تلك المادة التى لايعتبر مادة أساسية فى الصنع ، وإنما هى لتحسين أمر الصنع سواء بمساعدة الصانع فى أمر الصنعة أو بتزيين المال المصنوع .. فالماء مادة مع أن الطين لايمكن ان يكون شيئا آخر للبناء الا به .. ولكنه لايعتبر مادة خام ثابتة يؤدى وجودها الى الجهالة .

(*) وكذلك الصبغ فى الخشب يعتبر مادة مزيئة ولايعتبره مادة أساسية عنده .

(٤٦) انظر الأم للشافعى ص ١١٦/٢ وما بعدها .

الكلام فى السلف .. وعلى هذا يمكن معرفة قدر العمل المبذول فى الصناعة ..
فلا يحصل نزاع بين طالب الصناعة والصانع .

وعليه .. فان التعامل على هذه الصورة لا يعتبر استصناعا عند الامام
الشافعى على ما سنبينه فى القسم الثانى — ان شاء الله —

القسم الثانى :

ما كان المصنوع من مادتى خام فأكثر ما عدا المادة المزينة ..
جاء فى الأم (٤٧) عند الكلام عن السلف فى الشيء المصلح لغيره .. ويعنى
الامام الشافعى بهذا .. ما خلط بشيء غير جنسه .. كالحديد والنحاس
وغير ذلك من مواد الخام التى يمكن أن يخلط بعضها ببعض بشرط أن يكونا
مختلفين فى الجنس واذا ما خلطا لم يعرفا .. أو لم يكن غرض بعضها عن
الآخر بالأمر الهين .

غيرى الشافعى .. أن هذا الخلط أو هذا الصنع الذى تم بين هذين
الجنسين من قبل الصانع ولو استطاع المستصنع أن يضبط ما صنع بالوزن
أو العدد ولو كان الذى خلط قائما فى المال المصنوع .. لا خير فى السلف
بهذه الصورة .

وعلته عنده أنه اذا اختلطا لم يتميز أحدهما عن الآخر ولم يدركم قبض
من مادة الخام الأولى ولا الثانية .. فعنده السلف بهذه .. انما هو سلف
بمجهول .. ومثل الشافعى لهذا بالمصنوعات الحلوية كالسويق .. وهو
يتكون من سكر ودهن ولوز .. وكذلك مثل بمصنوعات الثياب التى يتم
التعامل بها على أساس السلم عنده .

اما الأوانى .. فأجاز الشافعى السلف فيها بشرط أن لا تدخل فى
اسباب المنع عنده .. **ومن اسباب المنع :** عدم ضبط المادة الخام من
حيث صفتها ووزنها ونوعها وكل ما يتعلق بالضبط من كل الوجوه ..
وشروط المنع هذه .. انما وضعت اذا كان المال المصنوع من مادتى
خام فأكثر مختلفين فى الجنس .

(٤٧) انظر الأم للشافعى ١١٦/٢ وما بعدها فقد جاء فيها أنه « لو شرط أن يعمل
له طستا من نحاس وحديد ، أو نحاس ورمصاص ، لم يجز لأنها لا يخلصان
فيعرف قدر كل واحد منها .

ويفهم من هذا أن الشافعى يجيز طلب الصنعة . . ولو كانت من مادتين فأكثر ان توفرت الشروط من حيث ضبط الصفات للمادة الخام ووزنها وبيان جنسها ونوعها . فكل هذه تمنع الجهالة المؤدية للنزاع بين الطرفين .

لكن يا ترى . . هل أجاز الشافعى الاستصناع أم منعه ؟ هذا ماسنفضله فيما بعد عند الكلام عن حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى — ان شاء الله .

تعريف الاستصناع عند الامام الشافعى :

لكى نأخذ تعريف الامام الشافعى للاستصناع لابد من السير فى اتجاهين هما : ما جاء فى كتابه الام ، وما جاء فى كتب الحنفية نقلا عن الامام الشافعى .

ما جاء فى كتاب الام :

قلنا أن الشافعى أجاز طلب الصنعة ان كان المطلوب صنعه لايؤدى الى جهالة فى قدره أو فى جنسه أو فى نوعه جهالة مؤدية الى النزاع .

وتأسيسا على ذلك . . يرى الشافعى (٤٨) . . أن الاستصناع جائز اذا كان المستصنع فيه من مادة واحدة أو من مادتين لا يؤديان جهالة قدرهما الى المنازعة . . بأن أمكن معرفة قدر كل منهما لتمييزهما عن بعضهما . . والا فلا يجوز فيهما اذا اختلطا . . ولم يمكن تمييز قدر كل واحد عن الآخر . . فقال الشافعى « لو شرط أن يعمل له طستا من نحاس وحديد لم يجز » . . وعلل الشافعى عدم المنع بقوله (. . . لأنها لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما وليس هذا كالصبغ فى الثوب لأن الصبغ فى الثوب زينة لا يغيره . . ان ضبطت صفتة . . وهذا زيادة فى نفس الشئ المصنوع) .

الى هنا انتهى حكم الشافعى فى طلب الصنعة ان كان المال المطلوب صنعه يتكون من مادتين فأكثر . . وهذه القاعدة تطبق عند الشافعى على كل ما استصنع .

(٤٨) الام للشافعى ١١٦/٢ .

ولهذا .. قال الشافعى بعد ذلك عطفًا على ما نقل عنه آنفاً « وهكذا كل ما استصنع (٤٩) » .

فمن هذا .. أستطيع أن أستخرج تعريفًا للاستصناع عند الشافعى فأقول :

الاستصناع هو : « بيع موصوف في الذمة يشترط فيه الصنعة » .

شرح التعريف :

قولنا بيع موصوف في الذمة : قيد يحترز فيه عن بيع المعين .. فإنه لا يجوز السلم فيه (٥٠) .. **والسلم هو : بيع موصوف في الذمة عند الشافعية (٥١) ..**

قولنا يشترط فيه الصنعة : قيد أخرج ما يجوز السلم فيه من المطعومات كالرز والحنطة والحيوانات والنباتات وغير ذلك .

تعريف آخر للاستصناع عند الشافعى :

أوردت بعض كتب الحنفية (٥٢) حكم الاستصناع عند المانعين .. فلم تذكر سوى الشافعى من المذاهب الأخرى وزفر من الحنفية ..

ولست هنا بصدد بيان حكمه عند الشافعى وزفر أو غيره .. بل أقول أن تعريفه عند الشافعى هو نفس تعريف الاستصناع عند الحنفية فهو عند الحنفية حسب ما اخترت من التعاريف (٥٢) « عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل على وجه مخصوص » .

(٤٩) الأم ١١٦/٢ .

(٥٠) شرح المنهاج للمحلى ٣٣٩/١ .

(٥١) السلف عند الشافعية له تعريفات كثيرة اخترت منها مايلي :-

قال المحلى : السلم ويقال له السلف وهو بيع موصوف في الذمة . انظر شرح

المنهاج ٣٣٩/١ .

وقال ابن حجر . السلم هو بيع شيء موصوف في الذمة . انظر تحفة المحتاج

٢/٥ .

وذكر لنا النووي عدة تعريفات في روضة الطالبين ٣/٤ : أحدها أنه عقد

على موصوف في الذمة ببدل يعطى أجلاً .

وثانيها : هو اسلام عوض حاضر في موصوف في الذمة .

وثالثا : هو اسلام عاجل في عوض لا يجب تعجيله .

ثم يعقب النووي على هذه التعريفات بقوله : أن السلم بيع .

(٥٢) انظر شرح فتح القدير ٣٥٥/٥ .

(٥٣) انظر تعريف الاستصناع عند اصحاب الاتجاه الاول السالف الذكر .

وبما أن فقهاء الحنفية أوردوا لنا رأى الشافعى فى الاستصناع محل البحث والدراسة عندهم ذو التعريف الخاص به كعقد مستقل استخلصت هذا التعريف — والله أعلم —

الترجيح :

بما أن الحقائق العلمية تفرض علينا أن لا نأخذ رأى المذهب الا من كتب أصحابه المعتمدة فى المذهب .. فالذى أرجحه هو تعريفه الذى استخلصته من كتاب الأم السالف الذكر .. وهو أقرب الى التعريف الثانى .. من جهة كونها ينصان على أن الاستصناع عقد على مبيع فى الذمة مشروط فيه الصنعة .

وبذلك كان تعريف الشافعية كتعريف المالكية واتجاههما معا متفق على أنه عقد سلم يندرج تحت مسائل السلم وبشروطه .

* المطلب الثالث :

تعريف الاستصناع عند الحنابلة :

* التمهيد :

من أول وهلة .. يمكن أن نعطى رأى الحنابلة بالاستصناع الا وهو المنع . الا اننا نريد أن نعرف أن شيئاً آخر وهو ما هو الاستصناع الذى منعه الحنابلة .. واين وضعوا بحته .. هل وضعوه كالمالكية والشافعية فى السلم ؟ وما موقفهم من السلم بالصناعات ؟

تعريف الاستصناع عند الحنابلة :

جاء فى كشف القناع والانصاف وغيرهما أن الاستصناع غير جائز نقلاً عن القاضى وأصحابه بأنه (٥٤) لا يصح استصناع سلعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم .. وقيل (٥٥) لا يصح استصناع سلعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له .. لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم .

فيمكن أن نأخذ تعريفه من هذين النصين بأن الاستصناع عند الحنابلة

(٥٤) الانصاف للبرداوى ٣٠٠/٤

(٥٥) كشف القناع للبهوتى ١٥٤/٣ — انظر المروع ٢٣/٢

هو :

((بيع موصوف يشترط فيه الصنع لا على وجه السلم)) .

أساس التعريف :

ان منع استصناع السلعة أوردته الحنابلة في البيع بالصفة .. فهو عندهم بيع بالصفة لهذا ارتأيت أن أتقدم بهذا التعريف له عندهم .

شرح التعريف :

قولنا بيع موصوف : يشمل البيع المطلق الموصوف سواء كان مسلما أو غيره .

قولنا يشترط فيه الصنعة : قيد يحترز به عن البيع والسلم في المزروعات والحيوان وغيره لا على وجه السلم : عند أكثر الحنفية يشترط عدم ضرب الأجل في الاستصناع .. فهذا هو معنى قول الحنابلة لا على وجه السلم .

والدليل على هذا .. ما جاء في العناية (٥٦) « وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل » .

ولم أجد في غير ما ذكرت من استعمال للاستصناع مما اطلعت عليه في كتب الحنابلة .

* * *

✽ المبحث الثالث :

✽ تعريف الاستصناع في النظم الوضعية :

✽ التمهيد :

ان اخذ تعريف للاستصناع من النظم الوضعية أمر ليس بهذه السهولة لأن النظم الوضعية غريبة كانت أو غريبة لم تول للاستصناع أهمية كبرى .. ولم تفرد به اهتمام ان كان هناك اهتمام به مع غيره .

فالاستصناع في المدنى المصرى الجديد : هو ضمن عقد المقاوله .. الا ان المدنى العراقى قد اولى الاستصناع بعض الاهتمام لكونه أخذ اكثر جزئيات مواده من الفقه الحنفى .

ومن الذين اهتموا بالاستصناع .. دافيد فرانسكو . DAVID FRANÇOIS . في رسالته (عقد الاستصناع) LE MARCHÉ A. FAÇON من فرنسا .. لذا أخذت هذه الرسالة وبحث فيها بعض الأمور بعد الترجمة (٥٧) والمراجعة (٥٨) .

لهذا سأتناول التعريف عند هؤلاء جميعا .

الفرع الأول : تعريف الاستصناع عند دافيد :

عرفه دافيد (٥٩) .. بأنه العقد الذى بمقتضاه يتعهد مقاول بأن يصنع شيئا بالمادة التى يقدمها .. وأن يسلم هذا الشيء عندهما ينتهى فى مقابل ثمن الى من طلبه .

والتعريف به أطناب .. ولو اقتصر على انه العقد الذى بمقتضاه يتعهد مقاول بالصنع مقابل الثمن لكان أفضل بكثير .

(٥٧) حصلت على الرسالة من مكتبة المخطوطات الفرنسية بالقاهرة وهى رسالة « دكتوراه » من باريس مؤلفها المذكور فى سنة ١٩٣٧م - وقد تفضل مشكوراً الدكتور/ابراهيم العنانى - استاذ القانون الدولى - بالمعهد العالى للقضاء بترجمة كل ما يتعلق بموضوعى ترجمة جيدة هجاء الله خيرا .

(٥٨) وقد تام بمراجعة الترجمة الشيخ / محمود الحسينى الحنفى - استاذ الفقه المقارن بالمعهد العالى للقضاء - فجزاه الله عنا كل خير .

(٥٩) رسالة الاستصناع لدافيد ص ١ .

ويعتبر دافيد كما يبدو من كلامه في رسالته أول من تناول هذا الموضوع حتى أنه يندب حظ التنظيم الوضعية في فرنسا وغيرها بأنها لم تتناول هذا الموضوع ولم تعط له أية أهمية (٦٠) .

الفرع الثاني : تعريف الاستصناع في المدنى العراقى :

عرفه المدنى العراقى بأنه « العقد الذى وقع على صنع شيء معين ويتعهد المفاوض فيه بتقديم العمل والمادة معا » .

والتعريف قريب جدا الى تعريف المجلة السابق الذكر (٦١) .. فقد اعتبره المدنى العراقى عقدا ، ولم يعتبره وعدا .. واعتبره واقعا ومشروطا فيه الصنعة لشيء معين . أما ماقاله في التعريف عند الفقرة الأخيرة « يتعهد المفاوض فيه بتقديم العمل والمادة معا » .. فهو ما اشترطته المجلة في عقد الاستصناع .. وهو الفارق الكبير بين الاستصناع والاجارة كما قلنا سابقا ، وما سنقوله فيما بعد عند التحدث عن الشروط الخاصة — ان شاء الله .

ولكن التأثير بالمدنى المصرى ليس ببعيد على المدنى العراقى .. لذا قال في التعريف « يتعهد المفاوض فيه » حين نجد المجلة تقول (يتعهد) **الصانع** بدلا من « **المفاوض** » .. والمعروف أن المدنى العراقى متأثر بالمجلة العدلية.

الفرع الثالث : تعريف الاستصناع في المدنى المصرى :

قبل البدء بتعريفه عند المدنى المصرى .. نقول ان المدنى المصرى الجديد عد متطورا بتغيير عقد الاستصناع الذى كان في المدنى القديم الى عقد المفاوضة .. لكن يا ترى .. هل معنى هذا أن عقد الاستصناع يقابل في المدنى المصرى الجديد عقد المفاوضة على اطلاقها ؟

الجواب : لا .. فقد ذكر في مجموعة الاعمال التحضيرية (٦٢) أن عقد المفاوضة « ايجار أهل الصنائع او عقد الاستصناع » .. وشرحا لهذا .. ورد فيها « أن مجرد التغيير الذى تم في عنوان هذا الفصل ، وإبدال اسمه القديم « ايجار أهل الصنائع » باسم جديد هو : « عقد المفاوضة » لكاف في

(٦٠) رسالة الاستصناع لدافيد ص ٤ وما بعدها .

(٦١) المدنى العراقى م / ٨٦٥ مقرة (٢٠) . نقلا عن المبادئ القضائية لعبد الرحمن

علام ص ٦٦ .

(٦٢) ٥/٥

الدلالة على مدى التطور الذى لحق هذا العقد وتشعب نواحيه وتعدد أشكاله وصوره العملية فى الوقت الحاضر ..

فقد كان القصد قديما من وضع أحكام هذا الفصل هو تنظيم العلاقة القانونية بين مستصنع وصانع يعهد اليه بعمل ما ، مع هذه الخاصية .. وهو أن مركز الصانع بالنسبة لمن يكلفه بالعمل يقرب كثيرا من مركز العامل ولهذا نجد عند القوانين ومنها التقنين المصرى أهلى ومختلط يتكلم عن عقد الاستصناع ، وعقد العمل فى باب واحد هو « ايجار الأشخاص وأهل الصنائع » ويرى أن المقاولات أنواع منها المقاوله الصغيره .. وهى الصورة التقليدية لعقد الاستصناع » .

لذا .. عرف المدنى المصرى الجديد المقاوله بأنها (١٢) « عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .

وفى الفقرة الثانية من المادة (٦٤٧) تقول « يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا » ..

الناقشة :

ان قولهم « ايجار أهل الصنائع أو عقد الاستصناع » هو عقد المقاوله حاليا . خطأ كبير من جهة أنهم عند تعريفهم للمقاوله جاءوا بإيجار أهل الصنائع كجزء من التعريف وهذا لا غبار عليه .

لكن خلطهم لهذا الجزء « ايجار أهل الصنائع مع عقد الاستصناع غير صحيح اما جعلهم للاستصناع من المقاولات الصغيره فهو بعيد عن الحقيقة .. فالاستصناع اليوم فى عالم الصناعة من المقاولات الكبيرة والصغيرة بآن واحد » .

* * *

الفصل الثاني : الاستصناع عقد أم وعد ؟

تمهيد :

السؤال يطرح نفسه ، هل الاستصناع عقد أم وعد ؟ وقبل الإجابة عن هذا التساؤل لابد من معرفة معنى العقد والوعد ، ثم بيان حكم كل منهما وأنواع العقود وأقسامها ثم يأتي جواب التساؤل .

* المبحث الأول :

* مفهوم العقد والوعد :

الفرع الأول : المقلقة :

عقدت الحبل .. من باب ضرب فاعقد ، العقدة : ما يمسه ويوثقه ومنه قيل « عقدت البيع ونحوه » وعاقדתه على كذا بمعنى عاهدته (١) ، والمعقدة : المعاهدة وتعاهد القوم فيما بينهم (٢) .

الفرع الثاني : العقد اصطلاحاً :

ويعرف العقد بأنه (٣) « العهد » .. والعهد يعني ما أحل الله وما حرم وما حد في القرآن كله .. قال الله تعالى : (والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون في الأرض الآية) (٤) .. ويدخل في ذلك كافة العقود : كعهد الله ، وعقد الحلف ، وعقد الشركة ، وعقد البيع ، وعقد النكاح الخ .

وقيل هو ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه الزامه إياه (٥) ..

(١) المصباح المنير كتاب العين « في العين مع التاف وما يثلثهما » .

(٢) مختار الصحاح — باب العين —

(٣) قاله ابن عباس — رضى الله عنه — ومجاهد . انظر تيسير العلى القدير ١/٤٨٢ .

(٤) البقرة / ٢٧

(٥) الجصاص في أحكام القرآن ٢/٣٥٨ الى ٣٦١ .

وكل شرط شرطه الانسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد وقيل العقد هو (٦) : ارتباط أجزاء التصرف الشرعى ..

فهذه أهم التعريفات للعقد عند الفقهاء .. وهى بمجموعها تدل على انه الترابط الذى يتم بين طرفين على أمر .. فعد العهد أنه عقد والشرط عقد .

الفرع الثالث : مفهوم الوعد :

تعريف الوعد لغة : يستعمل الوعد فى (٧) : « الخير والشر .. يقال : وعد يعد بالكسر وعدا .. وقال الفراء : يقال وعدته خيرا ووعدته شرا .. فإذا اسقطوا الخير والشر قالوا فى الخير الوعد والعدة .. وفى الشر : الإيعاد والوعيد ..

تعريف الوعد اصطلاحا : ويعرف الوعد فى اصطلاح الفقهاء بأنه (٨) « ما يطلبه الطالب فيعده صاحبه بانفاذ ما يطلب » ..

وقيل هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام فى الحال .. وقد يقع الوعد على عقد او عمل .. كأن يعد شخص آخر ببيعه أرضا أو ببنائه دارا .. أما حكمه عند جمهور الفقهاء (٩) فإنه : يلزم ديانة لا قضاء .

*** المبحث الثانى :**

*** الفرق بين العقد والوعد والآثار المترتبة على هذا :**

الفرع الأول : الفرق بين العقد والوعد :

يتبين لنا من التعريفات السابقة لكل من العقد والوعد الفارق الكبير بينهما من حيث كون الارتباط بين الطرفين فى العقد على الوجه المشروع يثبت أثره .

* * *

(٦) الدرر شرح الفرر ١/٢٢٦ .

(٧) مختار الصحاح / باب الواو .

(٨) انظر الموسوعة الفقهية ٩١/٧ وما بعدها .

(٩) مصادر الحق للسنبورى ١/٥٥

فالأثر .. هو الفارق الكبير بين العقد والوعد .. ولكن ماهي الآثار المترتبة على الاستصناع ان كان عقدا أو وعدا ؟

ان كان عقدا : فلا بد ان يكون داخلا ضمن دائرة اللزوم او عدمه .. فالعقد في الأصل لابد ان يكون لازما .. واذا كان لازما يترتب عليه الضمان وغير ذلك من الأمور الواجب توفرها عند كونه عقدا لازما .

وان كان وعدا : فليس هناك آثار تترتب عليه سوى أنه على كل من المتواعدين اثم في عدم اتمام ماوعدا به .. ولاضمان على كل واحد منهما .. والآن .. بعد أن تكلمنا عن العقد والوعد .. نرجع لبيان رأى فقهاء الحنفية في الاستصناع .. هل هو عقد أم وعد ؟

المطلب الأول : هناك رأى عند الحنفية يقول بأن الاستصناع وعد لا عقد .. ومن هؤلاء (١٠) : الحاكم الشهيد (١١) . الصفار (١٢) . ومحمد بن سلمة (١٣) ، وصاحب المنثور (١٤) .

قال السرخسي (١٥) : وكان الحاكم الشهيد يقول الاستصناع مواعدة .. وانما ينعقد العقد بالتعاطى اذا جاء به مفروغا عنه .. ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما .

* * *

(١٠) انظر في هذا كله .. فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها ، الموسوعة الفقهية ٩١/٧ وما بعدها .. المبسوط للسرخسي ١٣٨/١٢ ، ١٣٩ ، العناية مع فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

(١١) الحاكم الشهيد : هو ابو الفضل محمد بن محمد بن احمد المروزي الوزير العالم الكبير ولى القضاء في « بخارى » قتل شهيدا سنة ٣٣٤ هـ — انظر طبقات الفقهاء لطائش كبرى راده ص ٥٧ .

(١٢) الصفار : هو ابو القاسم الصفار البلخي توفى سنة ٣٣٩ هـ — نفس المصدر السابق ص ٦٤ .

(١٣) محمد بن سلمة : وهو ابو عبد الله محمد بن سلمة .. روى عنه زهير توفى سنة ٢٦٨ هـ نفس المصدر السابق ص ٤٥ .

(١٤) لم أجد له ترجمة فيها اطلعت عليه .

(١٥) المبسوط ١٢ / ١٣٨ وما بعدها .

* المطلب الثانى :

ادلة من قال انه وعد وليس بعقد ومناقشتها :

واستدل اصحاب الراى القائل : بأن الاستصناع وعد وليس بعقد استدل اصحاب هذا الراى .. بادلة عقلية على صحة قولهم وهى كما يلى (١٦) :

الدليل الاول :

ان الصانع له ان لايعمل .. وبذلك كان ارتباطه مع المستصنع هو ارتباط وعد لاعقد .. لان كل ما لا يلزم الانسان به مع التزام نفسه به يكون وعدا لاعقدا لأن الصانع لايجبر على العمل بخلاف السلم فانه مجبر بما التزم به .

الدليل الثانى :

ان المستصنع له الحق فى عدم تقبل ما يأتى له الصانع من مصنوع .. وله أن يرجع عما استصنعه قبل تمامه ورؤيته .. وهذا علامة أنه وعد لا عقد .. لهذا قال أبو اليسر (١٧) « ان الخيار ثابت لكل واحد منهما » « **الصانع والمستصنع** » .

وجه الدلالة مما تقدم : مما تقدم نجد أن الاستصناع لو كان عقدا للزم الطرفين أو للزم أحدهما دون أن يكون لهما الخيار فى فسخه أوامضائه .. وهذه كلها مميزات للوعد .. لا للعقد .. فكان الاستصناع لهذا كله وعدا بالبيع لاعقد مبيع .

* * *

(١٦) فتح القدير ٣٥٥/٥ انظر المبسوط ١٢٨/١٢ وما بعدها .
(١٧) فتح القدير ٣٥٥/٥

المنافسة : اعترض من قال «بأن الاستصناع وعد لاعتقد ، على رأى الجمهور القائل « بأن الاستصناع عقد وليس بوعد ، بما يلى :

أولا : كيف يجوز أن يكون مبهما .. والمعدوم لا يصلح أن يكون بيما ؟
رد الجمهور : ورد الجمهور (١٨) بأن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كالناسى للتسمية عند الذبح .. فان التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تتضاعف الواجبات .. فكذا المستصنع فيه المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل الجارى بين الناس .

اعترض على الجمهور (١٩) : ورد ما قاله الجمهور بأن هذا انما يصح أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع .. والمعقود عليه هو الصنع فى الاستصناع وليس هو العين .

الجواب : اجاب صاحب الهداية (٢٠) عن ذلك فقال : « ان المعقود عليه هو العين دون العمل ، حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فأخذه جاز » ..

وهذا هو الرأى الراجح عند جمهور فقهاء الحنفية كما سنبينه فيما بعد — ان شاء الله .

ثانيا : اعترض آخر (٢١) : من الواضح الثابت عند من يرى ان الاستصناع عقد بيع لا وعد به .. انه يبطل بموت الصانع .. والعقود فى المعاملات لا يبطلها موت أحد طرفيها .. فكيف صاغ القول بأنه عقد مع بطلانه بموت الصانع ؟

الجواب : واجيب عن هذا (٢٢) بأن الاستصناع انما يبطل بموت الصانع لشبهه بالاجارة .. فهو لهذا الشبه قلنا بأنه يبطل بموت الصانع .. وهذا لا يمنع أن يكون عقدا .

(١٨) انظر الهداية ٣٥٥/٥ ، انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ وضع

(١٩) انظر العناية ٣٥٥/٥

(٢٠) انظر الهداية ٣٥٥/٥

(٢١) انظر شرح مجلة الأحكام — باز — من ٢١٩ حيث نقل رأى صاحب النهر بقوله من الاستصناع « ان بطلانه بموت المائع بنافى كونه بيما »

(٢٢) الفتاوى الغيانية من ١٥١ .

رد الجمهور على أدلة القائلين بأنه وعد : وقد اعترض جمهور الفقهاء على الشبهة التي احتج بها من قال أن الاستصناع وعد لاعقد فقالوا (٢٣) :

١ — أن قول أبي اليسر : بأن اثبات الخيار لكل من الصانع والمستصنع يدل على أنه وعد .. مرفوض ، فهو لا يدل على أنه غير بيع .. ألا ترى أن في بيع المقايضة لو لم ير كل من العاقدين عين الآخر كان لكل منهما الخيار فلم يخرج به إلى أن يكون وعدا .

٢ — القول بأن الاستصناع وعد لاعقد .. لأن الصانع له أن لا يعمل ولأن المستصنع له الخيار في أن لا يقبل الشيء المصنوع .. كل ذلك وارد في غير عقد الاستصناع .

* فالاستصناع .. لا يعتبر عقدا نافذا ملزما إلا ساعة أن يتم الصانع ما يطلب منه وفق المواصفات التي اشترطها المستصنع .. ورأى المستصنع ذلك الشيء بعينه ورضى .. عند ذلك يتم الاستصناع فلا خيار لواحد منهما .. فأما ما ذكر فهو وارد على أمور أخرى غير الاستصناع .

* المطلب الثالث :

* حكم الاستصناع على أنه عقد وليس بوعد والأدلة ومناقشتها :

يرى الجمهور على أنه (٢٤) عقد .

* أدلة الجمهور القائل بأن الاستصناع عقد وليس بوعد :

استدل الجمهور .. بأدلة عقلية .. على أن الاستصناع عقد نوردها فيما يلي :

أولا : أن الصانع يملك الدراهم بقبضها وما دام يقبضها فهو عقد .. لأن المواعد على شيء لا يملك الدراهم بقبضها وبلاستصناع يملكها ملكا غير لازم عند جمهور فقهاء الحنفية (٢٥) .

ثانيا : لأنه قد أجريت في الاستصناع القياس والاستحسان ونحن نعرف أن الوعد لا يحتاج إلى إثبات الاستدلال به إلى إجراء القياس

(٢٣) انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ ، وانظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ١٩٨/١

(٢٤) انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ ، البدائع ٢٦٧٧/٦ ، المبسوط ١٣٨/١٢ وما بعدها .

(٢٥) حاشية الطحاوي ١٢٦/٣ ، وفتح القدير ٣٥٥/٥ .. على الخلاف الذي سنذكره فيما إذا ملك الصانع والمستصنع ما يملكه ملكا لازما أو غير لازم .

والاستحسان .. فقد ثبت العمل بالوعد بالنص (٢٦) والاجماع .. فمن يعد احدا من السلمين يجب عليه ان يفي بوعدده ان لم يكن معصية مثلا .. ولكننا نرى ان الامام محمد بن الحسن قد أجرى في الاستصناع القياس والاستحسان (٢٧) .

ثالثا : أن الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية .. والوعد لا يحتاج الى اثبات الخيار .. فهو وعد مع آخر يختار كل منهما الأخذ به .. وما دام الخيار في الوعد ثابت وموجود فهو من باب أولى يثبت في عقد الاستصناع (٢٨)

رابعا : أن الاستصناع يجري فيه التقاضى .. والتقاضى انما يثبت في الواجب بالعقود لا بالمعقود .. فاذا ما وعد شخص آخر لا يؤدي عدم الايفاء بذلك الذهاب للقضاء ، واقامة الدعوى .. وانما الذي يكون كذلك فيما هو واجب بالعقد بينهما (٢٩) .

خامسا : أن الاستصناع يجوز فيما فيه تعامل بين الناس لا فيما لاتعامل فيه . كما اذا طلب من نجار أن يصنع قارباً من خشب من عنده أو الخفاف أن يصنع خفا من جلد من عنده .

في حين أن الوعد يكون فيما فيه تعامل فيه . مما أحله الله مطلقا .
واما التعاقد في الاستصناع فيشترط فيه عند الحنفية أن يكون فيما فيه تعامل فحسب (٣٠) على ما سنذكره في الشروط الخاصة للاستصناع — أن شاء الله .

سادسا : أن الصانع في الاستصناع يجبر على عمله (٣١) .. والمواعيد على الشيء لا يجبر على ما وعد به الا من باب الايفاء بالوعد فقط .. أن استطاع ذلك .. أما الذي تعاقد في الاستصناع على رأى المجلة فانه يجبر

(٢٦) ورد في السنة عن ابي هريرة — رضى الله عنه — أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « آية المنافق ثلاث : اذا حدث كذب ، واذا وعد أخلف ، واذا أوتى خان » رواه مسلم — مختصر صحيح مسلم — حديث رقم ٢٧ .

(٢٧) انظر العناية ٣٥٥/٥ ، وفتح القدير بنفس الصفحة . والبدائع ٢٦٧٧/٦

(٢٨) انظر البدائع ٢٦٧٧/٦ . المبسوط ١٢٨/١٢ وما بعدها .

(٢٩) نفس المصدر السابق .

(٣٠) انظر العناية ٣٥٥/٥ وما بعدها ، الموسوعة الفقهية ٩١/٧ وما بعدها .

(٣١) انظر الدرر الحكام لعلى حيدر ١٩٨/٢ .. وهذا رأى خاص بالمجلة مع بعض الفقهاء وهو مرجوح يقول : أن الاستصناع لازم من أول التعاقد وحتى النهاية .. فيكون الصانع على هذا مجبرا على العمل .

على صنع ماتعاقد عليه .. فان لم يستطع يمكن أن يطلب من صانع آخر ذلك .. على ما سنبينه فيما بعد :

سابعاً : أن المستصنع لا يرجع عما طلب ولا يجوز له أن يرجع .. لأنه أن تعاقد لا يحق له على رأى المجلة أن يرجع عن ذلك .. لأن التراجع له له ضرر كبير على الصانع بتضييع المادة الخام بناء على أمر من المستصنع .. فان رجع فقد لا يشتريه أحد لعدم موافاته للشروط التى يطلبها هذا الأخير (٢٢) .

ثامناً : اذا رأى المستصنع المطلوب صنعه « المستصنع فيه » فهو بالخيار .. لأنه اشترى مالم يره « .. فقله اشترى مالم يره دليل على أنه يريد به ذلك المستصنع واعتباره شراء دليل على أنه عقد (٢٣) .

لذا .. فالتسمية لعملية التعاقد بالشراء شىء واضح على أنه يراد به أنه ليس بوعد ، والمعروف أن الشراء اذا أطلق يراد به عملية التعاقد بالبيع ، وأيضاً فان الشراء بيع لأنه من الأضداد .

الترجيح : لو تأملت قسوة الأدلة التى أوردها الجمهور القائلين بأن الاستصناع عقد وليس بوعد .. يتبين لك مدى رجحان أدلتهم . فهى أدلة واضحة بالنسبة لأدلة الفريق القائل بأن الاستصناع وعد .

وقد ناقشها جمهور الفقهاء واحداً واحداً وضعفها .. فعلى هذا يكون الاستصناع عقداً لا وعداً عند الحنفية .

* * *

(٢٢) الدرر الحكام ١٦٨/٢ .

(٢٣) فتح القدير ٣٥٥/٥ .

الفصل الثالث : دراسة العقد بصورة عامة

تمهيد :

لما كانت دراسة عقد الاستصناع من الأهمية بمكان .. لذا أردنا قبل الشروع في بيان أحكام عقد الاستصناع الخاصة به .. وبيان أركانه وشروطه . أن نقدم نبذة عن العقد بصورة عامة ، تعريفه ، وتقسيماته ، وأركانه ، وشروطه .

وعليه .. فنقول : بالاستقراء يتبين لنا من تتبع كتب الفقهاء أنهم لم يفردوا دراسة العقد دراسة مستقلة .. بل أنهم كتبوا في العقود كل على حدة ، واهتموا بكل ما يتعلق بذلك العقد المسمى .. كالبيع والإجارة .. والنكاح الخ . فدرسوا هذه العقود كل على حدة دراسة مستفيضة ..

علما بأنهم عندما يتداخل عقدان في شيء ما يذكرونه من باب الاستطراد .. لا التفصيل .. ففى باب السلم مثلا : يذكرون أن للسلم شروطا زيادة على ما في شروط البيع وهكذا ..

وأما الفقهاء المعاصرون .. فقد حاولوا دراسة العقد بصورة عامة آخذين ذلك من دراسة العقود بصورة خاصة في كتب الفقهاء القدامى .. فاستخلصوا نظرية للعقد في الشريعة الإسلامية .. وهذا ما أردنا توضيحه هنا — أن شاء الله .

✽ المبحث الأول :

✽ مفهوم العقد :

الفرع الأول :

تعريف العقد لغة :

سبق وأن ذكرنا تعريف العقد لغة ، وفي هذا المقام سنورد تعريفا في المصباح المنير حيث جاء فيه : عقدت الحبل عقدا ، فاعقد ، العقد : ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل عقدت البيع ونحوه وعقدته بمعنى عاهدته (١) .

(١) المصباح المنير / كتاب العين ٢ في العين مع القاف وما يثلثها .

الفرع الثاني :

تعريف العقد اصطلاحاً :

وفي اصطلاح الفقهاء .. تطلق كلمة العقد على معنيين وكلاهما ذكرنا منهما تعريفاً سنورد هنا نبذة عن الاطلاقين (٢) للايضاح اكثر .

الاطلاق الأول : وهذا الاطلاق هو المشهور ويقصد به : الربط الحاصل بين كلامين ، أو مايقوم مقامهما كالاشارة والكتابة على وجه يترتب عليه حكم شرعى ، وكثيراً ما يطلق العقد ويراد به ما تم الارتباط به بين الطرفين .. سواء كان كلامين أم كتابتين أم اشارتين ، أم فعلين .

الاطلاق الثاني : وهذا اعم من المعنى الأول ويقصد به : كل التزام ينشأ عنه حكم شرعى سواء كان صادراً من طرف واحد أم صادراً من طرفين .

الفرع الثالث :

تعريف العقد في النظام الوضعى ، وبيان رأى الشريعة فيه :

جاء فى نظرية العقد (٢) .. العقد هو : توافق ارادتين على أحداث اثر قانونى سواء كان هذا الاثر انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه .. فمن باع شيئاً فقد نقل ملكية المبيع الى حوزة المشتري .. وإذا ما تقابلا .. فقد أنهيا حكمه .. ومن كفل فقد أنشأ على نفسه حقاً للدائن فى المطالبة .

وهذا التعريف .. فى النظام الوضعى له شبهة بتعريف العقد عند الحنفية حيث جاء فى المجلة (٤) .. العقد هو : التزام المتعاقدين وتعهدهما امراً .. وهو عبارة عن ارتباط ايجاب وقبول .. وعليه فلا يدخل فى نطاق العقد عند النظام الوضعى (٥) الالتزام الذى يتم بالارادة المنفردة . فارتباط الايجاب والقبول عند المجلة ينشئ التزاماً أو ينقله أو يعدله أو ينهيه .. فهو عام .

(٢) انظر نظرية الشروط المقترنة بالعتد - زكى الدين شعبان ص ١١ وما بعدها .

(٣) نظرية العقد للسنبورى ن/٧٧ الى ٨٠ ،

(٤) انظر مجلة الاحكام العدلية م/١٠٣ ، وانظر شرحها لعلى حيدر ٩١/١ .

(٥) المدخل للفتة الاسلامى للشيخ / محمد الحسينى ص ٣٥٧ .

العلاقة بين العقد والتصرف :

سبق وأن بينا أن العقد يطلق على معنيين .. فعلى الإطلاق الثانى تكون كلمة العقد مرادفة لكلمة التصرف .. بخلافها على الإطلاق الأول .. فانها أخص من التصرف .. ويتحققان فى كل ربط بين كلامين يترتب عليه حكم شرعى ..

وينفرد التصرف فى كل التزام ينشأ عن ارادة واحدة .. كالطلاق والعق ونحوهما فيسمى هذا تصرفا ولا يسمى عقدا (٦) .

* * *

(٦) انظر نظرية الشروط المتترنة بالعقد — لزكى الدين شعبان ص ١١ وما بعدها .

* البحث الثانى :

* تقسيمات العقد فى الفقه الاسلامى :

بعد أن ذكرنا تعريف العقد بصورة عامة .. نتكلم عن تقسيمات العقد عند الفقهاء .. لنرى هل رتبوا مسمياته وفق أصول معينة أم تركوا هذا الترتيب وساروا على غير ذلك .

الملاحظ أن الفقهاء لم يضعوا خطة عامة يلتزموا بها جميعا على اختلاف مذاهبهم فى تعريف العقود .. كأن يبدأوا بعقود التكليفات ثم الاسقاطات .. وهكذا .

انما هم على قدر من الترتيب ارتضاه كل مذهب ما ليسير رجاله عليه فتبعه الآخرون على منواله .. ولا نستطيع أن نبخس حقهم .. فهم اهتموا بالعقود ونظموها على اعتبارات مختلفة وبنوا ما يتعلق بتلك التقسيمات من غائدة .

ولربما أوردوا عقدا بعد عقد لأن هذين العقدين مثلا يضمن احكاما مشتركة بينهم .. فمثلا : من تلك التقسيمات التى تقوم على أساس الاثر المترتب على العقد مايلى :

عقود تمليك .. ثم عقود اسقاط .. ثم اطلاق .. ثم تقييد .. ثم شركات ثم توثيقات .. ثم حفظ (٧) .

واليك مثالا للتقسيمات التى درج عليها بعض الفقهاء .. فناخذ تقسيما للحنفية ، وآخر للحنابلة كمثال .. ثم نقارن مقارنة مختصرة بينهما .

الفرع الاول :

تقسيم العقود فى كتاب البدائع :

جاء فى البدائع للكاسانى التقسيم التالى للمعاملات (٨) : —

(٧) أنظر المدخل للحسينى ص ٤١٨ . وقد لجأ صاحب مرشد الحيران الى معيار وقف فيه على المحل الذى يقع عليه التعاقد . ففى المواد ٢٦٣ — ٢٦٦ . ذكر انه يصح أن يرد العقد على الاعيان لتمليكها او لحفظها او للانتفاع بها بمسوخ او بغير عوض أو على عمل معين من الاعمال الصناعية او على جرفة معينة — مرشد الحيران م / ٢٦٣ — ٢٦٦ .

(٨) البدائع : أنظر الفهرس فيه ومراجعة ما بداخل الكتاب بعد ذلك .

الاجارة ، الاستصناع ، البيع ، السلم ، الكفالة ، الحوالة ، الوكالة ،
الصلح ، الشركة ، المضاربة ، الهبة ، الرهن ، المزارعة ، المعاملة
(المساقاة) ، الوديعة ، العارية ، القسمة ، الوصايا ، القرض .

الفرع الثانى :

تقسيم العقود فى كتاب المقنع :

جاء فى المقنع تقسيم آخر للمعاملات وهو كما يلى (٩) .
البيع ، السلم ، القرض ، الرهن ، الكفالة ، الصلح ، الوكالة ،
الشركة ، المضاربة ، المساقاة ، المزارعة ، الاجارة ، العارية ، الوديعة ،
الجعالة ، الهبة ، الوصايا .

المقارنة : من خلال رؤيتنا لهذين التقسيمين .. نجد ان الحنفية قد
وضعوا للاستصناع بحثا خاصا به ، وقد وضعه صاحب البدائع بعد
الاجارة . . لكننا نجد صاحب الاختيار لتعليل المختار (١٠) يجعله بعد السلم ،
وكذلك سار على هذا .. كثير من فقهاء الحنفية .

أما بقية العقود .. فقد تساوى بها الحنفية مع الحنابلة . . . ولكننا
لا نستطيع ان نورد مناقشة تامة لهذه التقسيمات فهى تحتاج الى تفصيل
يرجع اليها فى الكتب المختصة بذلك .

* * *

(٩) أنظر المقنع فى الفهرس ومراجعة ما بداخله عند المقارنة .

(١٠) الاختيار لتعليل المختار ٣٨/٢ .

* المبحث الثالث :

* المقومات الأساسية للعقد :

أن العقد سواء كان ارتباطاً إيجاباً وقبولاً أو التزاماً إنساناً ما بأمر من الأمور بمعنى هذا أن العقد يتوقف وجوده بصفة كاملة على الإيجاب والقبول والعاقدان ، والحل « المعقود عليه » . . فهذه الثلاثة هي مقومات العقد باتفاق الفقهاء لكنهم يختلفون باعتبار هذه الأمور كلها أركاناً (١١) للعقد أم شروطاً .

غير الحنفية . . يعتبرونها أركاناً للعقد (١٢) . . لأنه لا يوجد ولا يتحقق إلا بها (١٣) .

أما الحنفية : فيرون أن ركن العقد هو : صيغته (الإيجاب والقبول فقط) (١٤) . . وهي ركن للعقد لأن الإيجاب والقبول يدلان على الرضا الذي يتعلق به الحكم وما كان في معناها .

أما العاقدان والمعقود عليه فعندهم هي من شروط انعقاد العقد . . لأنها خارجة عنه . . فلا يعد شيئاً منها من أركانه .
وقبل التفصيل في مقومات العقد بصورة عامة . . نورد شيئاً من الإيجاز عنها هنا :

١ - **صيغة العقد :** وهي التعبير الصادر من المتعاقدين لينبئ عن معنى التملك والتملك . . وهذا التعبير يسمى بالإيجاب والقبول في عرف الفقهاء . . سواء كان التعبير لفظياً أم فعلياً .

فاللفظي يسمى عند البعض بالمبادلة القولية أو الصيغة القولية . . وأما الفعلية فتسمى « التعاطي » . . والفقهاء تفصيل كبير في الصيغة سواء من جهة القول أو الفعل .

(١١) وكان الشيء جانباً القوي . . كما في مختار الصحاح / باب الرأ . . وقيل الركن هو الذي إذا فقد من شيء لا يمكن وجود ذلك الشيء . . كما يطلق الركن على معنى المتمم لمساهمة الشيء ويطلق على الجزء لمساهمة الشيء . . كقولهم « القيام ركن الصلاة » فالقيام جزء من الصلاة انظر شرح المجلة لمعلي حيدر ١٠٦/١ .
(١٢) كشاف التناع ١٣٥/٣ ، وانظر مطالب أولى النهى ٤/٢ ، وانظر بداية المجتهد ١٧٠/٢ .

(١٣) المدخل للحسيني ص ٢٥٨ .

(١٤) الاختيار ٤/٢ .

٢ — **العاقدان** : وهما طرفا التعاقد أو ما يسمى بالموجب والقابل وهما شرط من شروط الانعتاد عند الحنفية وركن عند الجمهور ولهما شروط عند الفقهاء نذكرها عند البحث في الشروط العامة والخاصة فيما بعد — ان شاء الله .

٣ — **المعقود عليه** : وهو ما يسمى بمحل العقد عند اصحاب النظم الوضعية كالمصنوع أو المطلوب صنعه في عقد الاستصناع .. ويشمل الثمن أيضا .. وله شروط سنوردها في موضعها — ان شاء الله .



الباب الثاني حكم عقد الاستصناع

* * *

الفصل الأول : حكم عقد الاستصناع عند اصحاب الاتجاه الأول

الفصل الثاني : حكم عقد الاستصناع عند اصحاب الاتجاه الثاني ومصلحة السلم

الفصل الثالث : حكم الاستصناع عند المذاهب الأخرى .

الفصل الرابع : حكم الاستصناع في النظام الوضعي .

الفصل الأول : حكم عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول

تمهيد :

اتفقت كلمة فقهاء الحنفية تقريبا على مشروعية عقد الاستصناع ..
فهو جائز عند جمهور فقهاء الحنفية .

الا أنه ورد عن زفر .. قول بالمنع أورده بعض فقهاء الحنفية مع رأى
الشافعى جنبا الى جنب ..

✽ المبحث الأول :

✽ رأى فقهاء الحنفية فى عقد الاستصناع :

الفرع الأول : رأى جمهور فقهاء الحنفية :

يرى جمهور فقهاء الحنفية مشروعية عقد الاستصناع (١) ، وحكمه عندهم
الجواز واليك بعض النصوص من كتب فقهاء المذهب .

الامام محمد :

جاء عن الامام محمد بن الحسن فى الجامع الصغير قوله (٢) «لواستصنع
رجلا شيئا بغير اجل .. جاز استحسانا » .

✽ الكاسانى :

جاء فى البدائع (٣) .. فى معرض الكلام عن الاستصناع « اما جوازه
فالقياص ان لا يجوز لانه باع ما ليس عند الانسان لا على وجه السلم ..
وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان
ورخص فى السلم ويجوز استحسانا لاجماع الناس على ذلك » ..

(١) انظر البدائع ٢٦٧٨/٦ . طرح فتح التدبير ٣٥٥/٥ ، تحفة الفقهاء

٥٢٨/٢ ، شرح مجلة الاحكام لعلى حيدر ٣٥٨/١ ، الفتاوى الاسعدية ٥٧/٢ .

(٢) مخطوطة جامع الصدر الشهيد فى ترتيب الجامع الصغير ٦٢/١ .

(٣) البدائع ٢٦٧٨/٦ .

الكامل بن الهمام :

وقال ابن الهمام عن الاستصناع بأنه « جاز استحسانا (٤) » .

السمرقندي :

أما السمرقندي في تحفة الفقهاء .. فغدد ذكر كلاما عن الاستصناع فقال « والقياس أنه لا يجوز وفي الاستحسان جائز (٥) » ..

أبو بكر بن المنذر :

ويقول أبو بكر بن المنذر في مخطوطته « وقال أبو حنيفة هو جائز .. وللمستصنع الخيار إذا رآه مفروغا منه (٦) » ..

الفرع الثاني : رأى المانعين للاستصناع :

نقل لنا بعض فقهاء الحنفية رأى زفر في الاستصناع وبينوا أن زفر يرى عدم جواز عقد الاستصناع .

قال ابن الهمام (٧) : « والقياس أنه لا يجوز وهو قول زفر (٨) ... » .

والقياس من الأدلة القوية على المنع وبه قال جمهور الحنفية أنفسهم .. إلا أن الجمهور أجازوا الاستصناع بالاستحسان .. والذي أراه أن زفر لا يأخذ بالاستحسان لذا .. منعه .

✽ المبحث الثاني :

✽ الأدلة :

الفرع الأول : دليل المشروعية عند أصحاب الاتجاه الأول :

المطلب الأول : أدلة المجيزين للاستصناع :

يرى جمهور الحنفية .. أن الاستصناع جائز استحسانا (٩) .. وأنه عدل من القياس الذي بمقتضاه يكون الاستصناع غير جائز .

(٤) شرح فتح القدير ٣٥٥/٥

(٥) تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ .

(٦) انظر مخطوطة الاثراف لأبي بكر بن المنذر ص ٢٧ وما بعدها .

(٧) انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ .

(٨) زفر بن هذيل بن قيس العبدي البصري صاحب أبي حنيفة — ولد سنة ١١٠ هـ — وتوفي سنة ١٥٨ هـ .

(٩) انظر شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٥٥/٥ ، البدائع ٢٦٧٨/٦ اللغوي السعدية ٥٧/٢ ، تحفة الفقهاء ٥٢٨/٢ .

وجه الاستحسان (١٠) :

ووجه الاستحسان هو (١١) : التعامل بين الناس لهذا العقد . . فان هذا التعامل الدال على الاجتماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير . . يعتبر حجة للعمل به .

والاجماع العملي هذا . . اعتبره الحنفية حجة قوية استنادا الى قول النبي صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن . . وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح (١٢) » . . فتعامل الناس بالاستصناع وتعارفهم على عدم تحريمه واستمرار هذا التعامل من ذلك الوقت وعلم العلماء به دون نكير منهم على هذا التعامل يعتبر بحق دليلا قويا على جواز هذا التصرف وإباحة هذا النوع من التعامل .

(١٠) الاستحسان له تعريفات كثيرة نذكر منها ما استقر عليه رأى المتأخرين كالسعد في حاشيته على المعتمد ٢/٢٨٨ فانه يرى أن الاستحسان عبارة عن دليل يتأصل القياس الجلى الذى تسبق اليه الأنهم . . وهو حجة لأن ثبوته بالدلائل التى هى حجة اجماعا . . لأنه ثابت أما بالأثر كالسلم والاجارة . . وأما بالاجماع كالأستصناع وأما بالضرورة كطهارة الحيض والآبار . . والاستحسان يراد به فى الغالب قياس خفى يقابل قياسا جليا .

وعلى هذا فان الاستحسان على هذه التفسير ليس دليلا خارجا عما ذكر من الأدلة ومن قال به من العلماء هم الحنفية والحنابلة ومن أنكره الشافعى . . تسال الشافعى : من استحسَن فقد شرع . . يعنى من أثبت حكما بأنه مستحسن عنده من غير دليل من قبل الشارع فهو الشارع لذلك الحكم لأنه لم يأخذه من الشارع وهو كهر أو كبيرة .

قال المعتمد : والحق أنه لا يتحقق استحسان مخلف فيه لأن من أخذ به ذكر فى تفسيره أمورا لا تصلح محلا للخلاف . . لأن بعضها مقبول اتفاقا وهو التعريف السابق للاستحسان . . وبعضه مردود بين ما هو مقبول اتفاقا وما هو مردود اتفاقا .
(١١) جاء فى نظرية الضرر لضرير ص ٥٩٩ : الاستحسان لابد له من مستند يستمد منه حجته . . وهو ما يعبر عنه بوجه الاستحسان فقد تتبعنا المواطن التى ذكر فيها الحنفية الاستحسان فوجدت أنهم يوجهون الاستحسان فيها تارة بالحاجة ، وتارة بالتعامل . . وقد عرفنا أن التعامل يرجع الى الحاجة . . نيكون الاستحسان راجعا الى الحاجة والواقع أن التعامل والاستحسان ليسا بعاملين منفصلين عن الحاجة . . فالحاجة هى الأصل والتعامل والاستحسان يرجعان اليها ولا يتصور تعامل من غير حاجة . . كما أن الحاجة العامة او الخاصة لا تعرف الا من طريق التعامل العام او الخاص .

(١٢) عن عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه - قال : « أن الله نظر فى قلوب العباد فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم خير قلوب العباد ، فاصطفاه لنفسه فابتعثه برسالاته . . ثم نظر فى قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رأى المسلمون حسنا فعند الله حسن ، وما رأوا سيئا فهو عند الله سيء » . . رواه الإمام أحمد فى مسنده ١/٣٧٩ .

قال القسطلانى (١٣) عند تعرضه لحديث الخياط « ان فيه جواز الاجارة على الخياطة ردا على من ابطالها بعله انها ليست بأعيان مرئية ولا صفات معلومة » .

وفي صنعة الخياطة .. معنى ليس فى سائر ما ذكره البخارى من ذكر القين والصائغ والنجار .. لأن هؤلاء الصناع انما تكون منهم الصنعة المحضة بما يستصنعه صاحب الحديد والخشب والفضة والذهب .. وهى أمور من صنعة يوقف على حدها ولا يخلط بها غيرها .

والخياط .. انما يخط الثوب فى الاغلب بخيوط من عنده .. فيجتمع الى الصنعة الآلة .. واحداها معناه النجارة .. والأخرى الاجارة .. وحصة احدهما لا تتميز من الأخرى ، وكذلك هذا فى الخراز والصباغ اذا كان بخيوطه .. ويصبغ هذا بصبغه على العادة المعتادة فيما بين الصناع .. وجميع ذلك فاسد فى القياس ..

الا ان النبى صلى الله عليه وسلم وجدهم على هذه العادة أول زمن الشريعة فلم يغيرها .

اذ لو طولبوا بغيره لشق عليهم فصار بمعزل عن موضع القياس .. والعمل به ماض صحح لما فيه من الارفاق » .
وجه آخر للاستحسان :

وهناك وجه آخر للاستحسان وهو الحاجة (١٤) الماسة الى هذا العقد .. فالانسان قد يحتاج الى أى مصنوع من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة .. وقلما يتفق وجوده على المطلوب فيحتاج الانسان الى ان يستصنع غلو لم يجز لوقع الناس فى ضيق وخرج .. ولا خرج فى الدين فهو يسر لا عسر فيه .. وما جعل الله علينا فى الدين من حرج .. والا فكيف يبسر للناس الوصول الى ما يريدون من الصناعات المختلفة اذا أغلقنا باب الاستصناع فى وجوههم .. مع أن الاستصناع هو أقرب طريق للانسان يصل به الى تحقيق احتياجاته وتيسير حياته ، واستمرار هذه الحياة .

(١٣) ارشاد السارى للقسطلانى ٦٦/٥ ، ٦٧

(١٤) جاء فى نظرية الفرر للفرير ص ٥٩٦ : ان الحاجة هى : أن يصل المرء الى حالة بحيث لو لم يتناول المنة يكون فى جهد ومشقة .. ولكنه لا يهلك .. فالحاجة الى عقد من المعتود تكون فى حالة ما اذا لم يباشر المرء ذلك العقد كان فى مشقة وخرج .

والاستصناع أكثر تجاوبا مع الحضارة التي توسع أفقها في بلدان كثيرة .. ك بغداد وما جاورها والمغرب العربي وما يحيط بها من البلدان .. مما حدا بفقهائ تلك الأمصار الى حل مشاكل الناس حسب روح الشريعة الاسلامية السمحاء .. فأجيز هذا النوع من التعامل العقدي .. وذلك لعدة أسباب منها انعدام الفرر فيه المؤدى الى المنازعة .. وانعدام الجهالة المؤدية الى القطيعة والمشاحنة .

وفيه تيسير على الناس وتوسيع لباب المعاملات بما يحقق للمسلمين استقرارهم وازدهار حضارتهم .. فالتشريع الاسلامى لا يضيق ولن يضيق عن استيعاب كل ما يعود على البشرية من خير .. سواء فى معاملاتهم او فى تحقيق أمنهم او فى رفع مستواهم البشرى والحضارى والعلمى .

✽ المطلب الثانى :

✽ السنة :

يرى بعض من أجاز هذا النوع من المعاملات أن جوازه يستند الى السنة النبوية .. فقالوا :

أ — أن حديث استصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم يدل على أن مشروعية الاستصناع دليلها السنة .. « فقد استصنع الرسول صلى الله عليه وسلم خاتما (١٥) » ونقل شارع المجلة العدلية فقال : الاستصناع « ثبتت مشروعيته بالسنة وأجماع الأمة » .. « أما السنة فقد استصنع النبى صلى الله عليه وسلم الخاتم (١٦) » .

ب — كما يستدل من السنة على مشروعية الاستصناع بما روى من أن الرسول صلى الله عليه وسلم استصنع المنبر (١٧) .

(١٥) انظر شرح فتح التدبير ٣٥٥/٥

(١٦) انظر الدرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٥٨/١

(١٧) لم يرد الحديث « باستصناع المنبر » وإنما الذى ورد حسب ما اطلعت عليه فى كتب السنة هو ما يلى : — روى البخارى فى صحيحه عن أبى حازم قال : أتى رجال سهل ابن سعد يسألونه عن المنبر فقال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى فلانة امرأة قد سهاها سهل : أن ترى غلامك النجار يعمل لى أعوادا اجلس عليهم اذا كلمت الناس .. فأمرته يعملها من طرفاء الغابة .. ثم جاء بها فأرسلت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها فأمر بها فوضعت فجلس عليه « =

ولكن حديث استصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم (١٨) أكثر قبولاً وذلك .. لأن حديث المنبر طال النقاش فيه حول الصورة التي تم بها الاستصناع .. وهل هو استصناع بالمعنى المراد في اللغة الا وهو طلب الصنعة .. أم هو هدية من صانعه للرسول صلى الله عليه وسلم . هذه التساؤلات وغيرها تحولنا للأخذ باستصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم عن استصناعه للمنبر .

* المطلب الثالث :

* الإجماع العملي :

ومن الإجماع العملي استدل فقهاء الحنفية على مشروعية الاستصناع .. حيث أوردوا أنه ثبتت مشروعية الاستصناع بالإجماع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا .. دون نكير .

فالإجماع .. منعقد على جوازه للحاجة .. وكذلك فإن الدين يسر .. فالناس احتاجوا لهذا التعامل فعملوا به ولم يجدوا نكيراً عليهم .. ولا عبرة بخلاف البعض .

* المطلب الرابع :

* المعقول :

ومن المعقول استدل الحنفية بأن الاستصناع جائز استحساناً لحاجة الناس إليه تلك الحاجة الماسة مع شرط أن يكون ما يستصنع متعاملاً به بين الناس .

= * وفي رواية في البخارى أيضاً عن جابر بن عبد الله — رضى الله عنهما — أن امرأة من الأنصار قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : يا رسول الله ألا أجعل لك شيئاً تتعد عليه .. فإن لى غلاماً نجاراً قال : ان شئت .. فعملت له المنبر فلما كان يوم الجمعة تعد النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر الذى صنع ... الحديث . « ارشاد السارى للقسطلانى ٦٧/٥ — ٦٨ ، انظر فتح البارى للقسطلانى ٢٦٨/٤ »

* قال القسطلانى تعظيماً على هذين الحديثين « ... يحتل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بلغها أنه يريد عمل المنبر فلما بعث إليها بداته بقولها : ألا أجعل لك شيئاً تتعد عليه فقال لها مرى غلامك فعملت له المنبر ... » ١ هـ .

(١٨) ورد الحديث فى اصطناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم فى باب المصاد والنون من النهاية فى عريب الحديث والأثر ٥٦/٣ . انصه « اصطناع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتماً من ذهب » .. قال ابن الأثير « أى أمر أن يصنع له » كما تقول اكتب أى أمر أن يكتب له .. والطاء بدل تاء الافتعال لأجل المصاد « ... » هـ .

وقيل أيضا .. بأن الاستصناع انما جاز استحسانا لما يلي (١٩) :

١ — للتعامل الراجع الى الاجماع العملى من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٢ — لاستصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم .

٣ — ان جواز هذا العقد داخل ضمن الكثير من المعاملات التى يغتفر فيها جهالة أحد العوضين اذا كانت يسيرة لا تؤدى الى النزاع فى المعاملات .

فمن ذلك ان الرسول صلى الله عليه وسلم أعطى الحجام أجره عندما احتجم عنده مع أن مقدار الحجامه غير معروف عند التعاقد ولا كمية الدم المستخرج (٢٠) .

٤ — ومثل هذا شرب الماء من السقا .. فالسقا يعطى الماء للعطشان بدون تحديد لكميته .. ولا معرفة لما سيعطى الشارب للماء .. فهى جهالة يسيرة لا تؤدى الى نزاع كما سبق ذكره فى الحجامه ..

٥ — ولسماع النبى صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام .. فأباحه بمئزر ولم يبين له شرطا .. وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه وإلى الآن .. مع عدم ذكر ما يصب من الماء ولا مدة المكث ونحو ذلك .

= * وفى الاعتبار ٢٣١ — ٢٣٢ . « روى عن نافع عن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما من ذهب وكان يجعل نمسه الى باطن كفه .. اذا لبسه فصنع الناس ثم انه جلس على المنبر فنزعه .. وقال انى كنت الابس هذا الخاتم واجعل نمسه من داخل .. فرمى به ثم قال : لا والله لا الابس ابدا فنبت الناس خواتيمهم . ثم عقب صاحب الاعتبار فى ص ٢٣٣ : هذا حديث صحيح ثابت وله طرق فى الصحاح فى كتابيهما من عدة طرق »

(١٩) أنظر شرح فتح القدير ٣٥٥/٥

(٢٠) روى البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما — قال : « احتجم النبى صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره » قال ابن حجر : احتجم النبى صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره .. وزاد من وجه آخر « ولو علم كراهية لم يعطه وهو ظاهر فى الجواز » وعرف به أن المراد بالكراهة التحريم .. وكان ابن عباس أشار بذلك الى الرد على من قال ان كسب الحجام حرام .

ويقول الكاساني (٢١) : « ويجوز استحسانا لاجماع الناس على ذلك لانهم يعملون ذلك في سائر الاعصار من غير نكير .. وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لاتجتمع امتي على ضلالة (٢٢) » .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن .. وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح » (٢٣) .

ولأن الحاجة تدعو اليه فقد يحتاج الانسان الى خوف أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة .. وهذا قلما يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج الانسان الى أن يستصنع مثل هذه المصنوعات وغيرها .. فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج .

وقال الكاساني أيضا .. « لأن فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والاجارة لأن السلم عقد على مبيع في الذمة .. واستئجار الصانع يشترط فيه العمل » .. وما اشتمل على عقدين جائزين كان جائزا (٢٤) .

ويرى صاحب العناية (٢٥) : ان كان قد توفّر في الاستصناع شرط التعامل فيجوز استحسانا .. ووجه الاستحسان عنده : الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيها فيه تعامل من غير نكير .. أما القياس فيترك به مثله كدخول الحمام .

« واختلف العلماء في هذه المسألة .. فذهب الجمهور الى أنه خلال واحتجوا بهذا الحديث .. » . انظر فتح الباري ٣٧٧/٤ ط دار المعرفة بيروت .

(٢١) البدائع ٢٦٧٨/٦

(٢٢) جاء في السنن لابن ماجه ١٢٠٣/٢ حدثني أبو خلف الأعمى قال : سمعت انس ابن مالك يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « أن امتي لاتجتمع على ضلالة .. فاذا رأيتم اختلافنا فعملكم بالسواد الأعظم » .. وفي اسناده أبو خلف الأعمى واسمه حازم بن عطاء وهو ضعيف .. وقد جاء الحديث بطرق كلها نظر .. قاله العراقي في تخريج أحاديث البيهقاوى وفي حاشية السنن « قال السيوطي : في تفسير « السواد الأعظم » أي جماعة الناس الذين يجتمعون على سلوك المنهج المستقيم والحديث يدل على أنه ينبغي العمل بقول الجمهور » .

(٢٣) سبق تخريج هذا الحديث في ص ٩٧ .

(٢٤) البدائع ٢٦٧٨/٦

(٢٥) انظر العناية مع فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

وأما صاحب تحفة الفقهاء فقد قال (٢٦) : ان الاستصناع جائز استحسانا لتعامل الناس فلا جرم عنده أنه اختص بالجواز .. ان كان متعاملا به في الخف مثلا والقلنسوة والأواني ونحوها .. بعد بيان القدر والصفة والنوع .

وبخلاصة القول : أن مشروعية (٢٧) هذا العقد مستندة السنة والاجماع العملى والاستحسان وقد فصلنا القول بها فيما سبق .

الفرع الثانى : أدلة المانعين :

سبق وأن بينت أن زفر منع الاستصناع للقياس فهو دليل قوى بالنسبة لزفر لكونه لم يأخذ بالاستحسان .. وهذا كل ما يمكن أن يقال عن أدلة المانعين للاستصناع .

المناقشة وال ترجيح :

مما اطلعنا عليه .. فان المانعين والمجيزين لم يحصل بينهم أى نزاع ولم يذكر شرح لسبب المنع .. لذا سيكون الراجع في هذا الموضوع هو رأى المجيزين للاستصناع لأدلتهم التى ذكرناها آنفا وهى الاستحسان والسنة والاجماع العملى الذى هو حجة عند المجيزين وغيرهم .

* * *

(٢٦) تحفة الفقهاء ٢/٣٨٥

(٢٧) جاء عن القسطلانى في شرحه لحديث الخياط الذى رواه البخارى ان : في الحديث جواز الاجارة على الخياطة ردا على من أبطلها بعملة أنها ليست بأعيان مربية ولاصفات معلومة وفي صنعة الخياطة معنى ليس في سائر ما ذكره البخارى من ذكر التين والصائغ والنجار لأن هؤلاء الصنائع انما تكون منهم الصنعة المحضة فيها يستصنعه صاحب الحديد والخشب والفضة والذهب وهى لور من صنعة يوقف على حدها ولايخلط بها غيرها . والخياط انما يخطط الثوب في الاغلب بخيوط من عنده . فيجتمع الى الصنعة آلة واحداها معناه التجارة والاخرى الاجارة وحصة احداها لانتهاز من الاخرى وجميع ذلك فاسد في القياس .. الا ان النبى صلى الله عليه وسلم وجدهم على هذه العادة اول زمن الشريعة فلم يغيرها اذ لو طولبوا بغيره لثشق عليهم فصار بمعزل عن موضع القياس .. والعمل به ماض صحح لما فيه من الارفاق » . ارشاد السارى القسطلانى ٥/٦٦ - ٦٧

* البحث الثالث :

* حكمة مشروعية عقد الاستصناع :

بعد استعراضنا للاستصناع كعقد مستقل ، وبيان حكمه ، وهل هو مشروع أم غير مشروع .. وعرفنا أنه مشروع وبيننا أدلته والراجع فيه أنه مشروع .

فيحسن بنا أن نذكر الحكمة التشريعية لهذا العقد فنقول : أن الاسلام قائم على أساس حفظ النفس والبدن والمال وغيرها مما يسمى بحفظ الحاجيات .

وهذا يحتاج الى أمور تعين على قضاء هذه الحاجيات .. ومن ذلك المواد التي غالبا ما يسد الانسان حاجياته بها .. كالمصنوعات التي ما فتئت تتغير من زمن الى آخر ومن مكان الى آخر .. وتتطور تطورا كبيرا .. فالاسلام يضع الأسس العامة للتعامل بهذه الصناعات ولهذا شرع الاستصناع لهذا الغرض .

والسلم وحده لا يسد كل الحاجيات هذه والتي كما قلنا تطورت جوانبها من زمن بعيد .. وكذلك الاجارة على العمل وحدها لاتسد كل هذه الحاجيات .. وتطبيقا لقول الله تعالى : (اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا (٢٨) .

لا بد وبالضرورة ، ووفقا لما قاله الله تعالى أن تكون هذه المعاملات لها حل في الاسلام .. فكان للفقهاء رأى في المعاملات التي يحتاجها الناس في حياتهم سواء كانت هذه المعاملات بيعا أم سلما أم استصناعا أم مضاربة الخ .

ولكى يسير الناس على هدى من نظام دقيق واضح في معاملاتهم .. وبذلك يقضى على أسباب الشكوى وأساس النزاع .. ويتوافر للناس كل مقومات حياتهم بلا مشقة أو ضرر مع ترك ما يخالف منهج الله كالربا

والجهالة والغرر .

وموضوعنا عقد الاستصناع .. هو عقد لا يدخل فيه شيء مما نهى الله عنه من هذه الأمور أن تعومل به وفق احكامه العامة والخاصة من كل

جوانبه .. فقد شرع هذا العقد لسد حاجيات الناس ومتطلباتهم ..
فالصانع يحصل له الارتفاق ببيع ما يبتكر من صناعة هي وفق الشروط
التي يملئها المستصنع كالمواصفات والمقاييسات وغير ذلك .

والمستصنع يحصل له الارتفاق بسد حاجياته بوفق ما يراه مناسباً
لنفسه وبدنه وماله وحاجياته .. أما الموجود في السوق من مصنوعات
سابقة الصنع .. فقد لا يسد الانسان حاجياته بها لسبب أو آخر ..
فلا بد من الذهاب الى من لديه الخبرة والابتكار .. وهذه قد تتضح أكثر
لو تطلعنا الى حاجيات الدول غنياً وبينها والشركات كبرها وصغيرها الى
الصناعات الحربية والاقتصادية والتعليمية والصحية وما الى ذلك .

فعندئذ .. لما تقضى حاجات الناس جميعاً أفراداً وشركات ودولاً
على وفق منهج شرع الله . تحل مشاكلهم ويزدادوا طمأنينة في هذه الحياة
البالية الفانية ..

* * *

الفصل الثانى : حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى

وصلته بالسلم

* المبحث الأول :

* حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى :

تمهيد :

ان عقد الاستصناع لم يكن مستوفيا للبحث عند أصحاب الاتجاه الثانى « المالكية ، الشافعية ، الحنابلة » .. لذا .. ساورد موقف أصحاب الاتجاه الثانى من الاستصناع وأبدأ بالمالكية .. حسب الترتيب التاريخى .

الفرع الأول : حكم الاستصناع عند المالكية :

قلنا أن المالكية الحقوا الاستصناع بالسلم .. وأنهم يريدون به طلب الصنعة على أساس السلم .. وبأحكامه .. فياخذ بناء على هذا شروط السلم .. وبما أننا سندرس الاستصناع ذلك العقد المستقل ذو الأحكام الخاصة به ، والشروط المنفرد بها . فيكون بحثنا فى حكم الاستصناع عند المالكية خاص ببيان وجهة نظرهم عنه .

فأكثر فقهاء المالكية وخاصة شراح خليل .. وعند البحث فى السلم .. يعرجون الى ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز .

فابن رشد .. قلنا انه عند كلامه عن السلم .. ذكر (١) لنا نقطة مهمة يبدوا انها ذات مكانة عظيمة فى عصرهم .. الا وهى السلم بالصناعات .. فأدخلوا حكم التعامل بالصناعات فى السلم وبينوا ما يجوز فيه ، وما لا يجوز واشترطوا شروطا لما يجوز فيه حتى يبعد عن المنع فقال ابن رشد : السلم بالصناعات .. وتحتة قسم التعامل بالصناعات الى أربع حالات منها : حالة ما اذا لم يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله .. ولم يعين المعمول منه .. فأعطى ابن رشد هذا النوع حكم السلم .

(١) المتدمات لابن رشد — طبعة بولاق ص ٥١٢

أما خليل في مختصره (٢) وشراحه نلمس من كلامهم عن السلم .. وبالأذات فيما يجوز السلم فيه وما لا يجوز أنهم بحثوا مسألته بعد مسألة الشراء من دائم العمل ومثلوا للشراء من دائم العمل بالخباز .. فجوزوا هذا على أنه بيع .. ثم قالوا : فإن لم يدم « أى أن البائع غير دائم في عمله بل مؤقت » .. فهو سلم بأحكامه .. ومن الذى يشبه السلم أيضا الاستصناع .. وعندهم : الاستصناع الذى يشبه السلم يجوز التعامل به على أنه سلم سواء كان الصانع دائم العمل أم غير دائم العمل بأن كان وقتيا أو موسميا مثلا .

وفي حاشية المدنى (٣) : لو أعطى للصانع الذى يصنع الآجر أو الجيار ثمن شيء معلوم وأخذ منه حالا أو الى أجل قريب أو بعيد لجاز ذلك .. على أنه سلم .

وجاء في الشرح الصغير (٤) : مايدل على أن استصناع السيف أو السرج أو الثوب أو الباب ونحو ذلك من حداد أو سروجى أو حائك أو نجار على صنعة معلومة وبثمن معلوم جائز .. وهو سلم يشترط فيه شروطه المعروفة .

لهذا .. نجدهم يشترطون أن لايعين العامل (الصانع) ولا الممول منه (المستصنع فيه) فى الاستصناع ..

جاء فى المدونة (٥) غان اشترط أن يعمل هو نفسه أو اشترط عمل رجل بعينه قال « لايمكن هذا سلفا لأن هذا الرجل سلف فى دين مضمون على هذا الرجل وشترط عليه عمل نفسه وقدم نقده .. فهو لايدرى ايسلم هذا الرجل الى ذلك الاجل فيعمله له أم لا ؟ فهذا من الغرر وهو أن سلم عمله له .. وان لم يسلم ومات قبل الاجل بطل سلف هذا .. فيكون الذى أسلف اليه قد انتفع بذهبه باطلا » .

وفى تعيين المستصنع فيه جاء أيضا فى المدونة : بأنه أسلفه كما وصف فى المسألة الاولى السابقة الذكر « فى تعيين العامل » على أن يعمل له ما

(٢) مختصر خليل مع مواهب الجليل للحطاب ١٤/٤

(٣) حاشية المدنى على الرهونى ٢٥٢/٣

(٤) الشرح الصغير للدردير ٢٨٧/٣

(٥) المدونة لسالك ١٩/٩

اشتد عليه من حديد قد أراه إياه ، أو ظواهر أو خشب أو نحاس قد أراه إياه .. قال مالك - رحمه الله - لا يجوز ذلك .. لأنه لا يدري أي سلم ذلك الحديد أو الظواهر أو الخشب إلى ذلك الأجل أم لا .. ولا يكون السلف بشيء بعينه ..

مسألة الشروع في الصنع :

إن التعاقد مع صانع شرع في عمل مصنوع مسبقا على أن يكمله على صفة معينة نظير عوض معين .. جائز .. إن شرع في الصنع ليكمله بالفعل وفي الحال أو لمدة قليلة كخمس عشرة يوما فأقل ..

أما إذا كان غير ذلك بأن تأجل أكثر .. فلا يجوز .. لأنه يكون من قبيل بيع مبيع معين تأخر قبضه وتسليمه .

وللجواز .. يشترط أن يكون عند الصانع من المادة الخام ما يستطيع أن يكمله منه .. إذا صنعه .. بحيث إذا لم يأت على الصفة المطلوبة كسره وأعادته وكمله مما عنده من المادة الخام .

قال الدردير (٦) : « وجدت نحاسا يعمل طشتا أو حلة أو تورا أو غير ذلك فقلت له كمله لى على صفة كذا بدينار .. يجوز .. إن شرع في تكميله بالفعل أو بعد أيام قلائل كخمس عشرة يوما فأقل » .

وقال الدسوقي (٧) : « ومحل الجواز إذا كان عند النحاس نحاسا بحيث إذا لم يأت على الصفة المطلوبة كسره وأعادته وكمله مما عنده من النحاس .

رأينا في المسألة : من هذا كله .. نخلص إلى أن مسائل الاستصناع داخلة في السلم بكل جوانبه .. وهو جائز عند المالكية .. فيأخذ عندهم حكم السلم بشروطه .

والسلم جائز استثناء من بيع مالم يس عند الإنسان (٨) .. وبما أن السلم ليس بموضوعنا وإنما نخرج عليه ، ويكون التفصيل في ذلك مكانه كتب الفروع .

(٦) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٩٤/٣

(٧) حاشية الدسوقي ١٩٤/٣

(٨) الخطاب على خليل ١٤٤/٢ هـ

أما مسألة الشروع في العمل التي أوردها المالكية فهي موافقة لبعض صور الاستصناع عند الحنفية وأنه بيع وليس بسلم بشرط أن تكون المادة المطلوب صنعها موجودة وذلك منعاً للمنازعة بحيث يقدر الصانع على تسليم ما تعهد بصنعه سواء وافق المصنوع المستصنع من أول مرة أو بعد كسر المصنوع وإعادة صنعه مرة أخرى .

وأرى أن هذا تجديد في المذهب كما نفهم من عبارة الدردير وأنه لاخلاف بين مذهب الحنفية والمالكية في جواز هذا العقد إلا من حيث الشكل فقط .

فالمالكية . . يرونه بيعاً موجوداً معيناً . . والحنفية يرونه بيعاً موصوفاً في الذمة وهذا خلاف شكلي إذا نظرنا إلى عرف الناس اليوم . . وأنهم لا يشترطون البدء بالصناعة فوراً ، وإنما الشرط هو في موعد التسليم . . وأن الصانع سواء كان فرداً أو شركة يبدأون في الغالب فور التعاقد على الشيء المطلوب صنعه في العمل فيه ولهذا . . يضربون أجلاً للتسليم بقصد الاستعجال لا الإهمال .

* * *

الفرع الثانى :

حكم الاستصناع عند الشافعية :

لو تصفحنا كتب الشافعية لوجدنا أن التعامل فى المطلوب صنعه والمحتاج اليه فى الحياة العملية .. داخل فى باب السلم .

فقهاء الشافعية (٩) .. جوزوا السلم فى كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته .. فعندما يراد صنع مائدة من الخشب أو الحديد أو الألمنيوم أو من أى شئ آخر من المواد الخام التى أنعم الله علينا بها .. لاستطعنا أن نعرف كيف نصل الى ما نريد سواء كان عن طريق الاجارة والمادة من عند المستصنع أو عن طريق السلم عند الشافعية .

ولكن الشافعية .. لايجوزون هذا التعامل كغيرهم من اصحاب الاتجاه الثانى الا اذا ضبطت صفات المطلوب صنعه .. لأن مالا تضبط صفاته يكون مجهولا والمجهول لايجوز التعاقد عليه سواء بالبيع أم بالسلم أم بالاجارة .

ولكن .. ماهى المعانى التى تحملها هذه الضوابط التى يطلبها الشافعية فى السلم بالصناعات ؟
ينقل لنا الركبى عن الهروى قوله (١٠) « الضبط : لزوم الشئ بقوة ، ورجل ضابط قوى شديد البطش » .

وقال الركبى (١١) : ان ضبط الشئ حفظه بالجزم ، والرجل ضابط أى حازم .

ومن الأمثال التى ساقوها فى هذا المضمار بخصوص المواد الخام والمطلوب صنعه من الحاجيات هى الأثمان ، والحبوب ، والثياب ، والفخار ، والزجاج .

لهذا نجد الشافعية .. لايجوزون السلم بهذه الاشياء المذكورة اعلاه الا اذا كانت مادته مضبوطة الاوصاف .. أى حفظت بقوة بحيث لايفدى التعامل بها الى الجهل « والغرر بلا حاجة (١٢) » .

(٩) المهذب للشرازى ٢٩٧/٢

(١٠) النظم المستعذب مع المهذب للركبى ٢٩٧/١

(١١) نفس المصدر السابق .

أما السلم بالأوانى المصنوعة والمختلفة الأعلى والأسفل كالإبريق ،
والنارة (١٣) ، والكرازة (١٤) غلهم فيها وجهان :

الوجه الأول : لايجوز السلم بها .. وذلك لأنها مختلفة الأجزاء ،
فلم يجوز السلم فيها كالجلود .

الوجه الثانى : يجوز السلم بها .. لأنها يمكن وصفها .. فجواز
السلم فيها كالأسطال المربعة والصحاف الواسعة (١٥) .

بعد هذا كله .. نستطيع القول .. بأن طلب الصنعة درس دراسة
لا بأس بها عند الشافعية .. إلا أنهم جعلوه ضمن أحكام السلم .. فهم
استعملوا الفاظا تنبئ عن هذا الاهتمام وتزيدنا بمعرفة حكمه عندهم .
جاء فى المذهب (١٦) «يجوز السلم فى كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته»
.. ومثل لهذا بأشياء تدل على أنها لايتباع إلا بعد صنعها كالخار ..
وجوز أيضا التعامل بالورق المصنوع .. لأنه معلوم القدر ، ومعلوم الصفة ..
أما فى صبغ الغزل ونسجه .. فيقول صاحب المذهب (١٧) « ويجوز فيها صبغ
غزله ثم نسج لأنه بمنزلة صبغ الأصل » .

وفى الثياب .. قال الشيرازى أيضا : واختلف أصحابنا فى الثوب
المعمل من غزلين .. فمنهم من قال : لايجوز .. لأنها جنسان
مقصودان ، لا يتميز أحدهما عن الآخر فأثبته الغالية .

(١٣) **المفارة :** الأصل منورة طلبت الواو الفا لتحركها ، وانفتاح ماقبلها . موضع النور
كالمنارة . **والمفارة :** الشمعة ذات السراج وفى المحكم « المرسجة » وهى التى يوضع
عليها السراج . قال أبو ذؤيب : وكلاهما فى كنه يرينه . . . فيها سنان كالمنارة أصلح
أراد أن يشبه السنان فلم يستقم له فأتبع اللفظ على المنارة وقوله أصلح يريد أنه
لا صدا عليه فهو يبرق » .. شرح القاموس لمحمد الزبيدى / (مفصل النون من باب
الراء .

(١٤) **الكرازة :** كوز ضيق جمع كرازان كغراب جمع غرابان . وقال ابن دريد : ولا أدرى
أمربى هو أم معرب - غير أن العرب قد تكلموا به .. شرح القاموس / باب
المزى .

(١٥) تبعن فى كلام الشافعية بالوجه الثانى تجد أنهم يعللون ذلك بكونها يمكن وصفها ..
ومثلوا بالأسطال المربعة . أى أنه يجوز فى الأوانى المختلفة الأعلى والأسفل كما
يجوز فى الأسطال المربعة .

أذن .. صنع الأسطال والصحاف الواسعة يكون وصلها ممكنا وسهلا ..
ومن كلامهم أن السلم بالأوانى جائز إذا كانت مضبوطة الأوصاف نستخلص جواز
السلم فى الأموال المصنوعة باليد قديما .. وبالمكيئة حديثا .. لا بل التى تصنع
بالمكيئة أقرب للجواز .. لأن الذى يخرج منها من انقاج متساوى الى حد كبير .

(١٦) المذهب ٢٩٧/١

(١٧) نفس المصدر السابق .

ومنهم من قال يجوز .. لأنها جنسان يعرف قدر كل واحد منهما ..
وفي روضة الطالبين للنووى (١٨) : يجوز السلم في الكاغد عددا ..
ويبين نوعه وطوله .. والكاغد : هو من مصنوعات الورق غالبا .

الصناعة بالقالب :

ان اكثر الصناعات الحديثة يتم عن طريق التفنن بالشئ وضبط
صفات المطلوب صنعه حسب المواصفات .. ثم يتم صنعه عن طريق
القالب المصبوب بالماكينة أو الفرن . وإذا كان كذلك .. فالتعامل به
يبعد الغرر والجهالة الى حد كبير .

لهذا .. نجد هذه النقطة قد أثارها النووى حيث جوز السلم فيما
يصب منها في القالب لعدم اختلافه (١٩) .

علة المنع عند الشافعية :

بعد ان عرفنا ان الشافعى يمنع الاستصناع ان لم تضبط صفات
المستصنع فيه . وذلك في حالة كون المستصنع فيه يشمل مادتين فأكثر
ويجوز مطلقا بلا شرط ان كان من مادة واحدة .

فيكون الاستصناع جائز عند الشافعى ان ضبطت صفاته ، وأبعدت
كافة الأمور المؤدية للمنازعة .

وكذلك يفهم ذلك من كلام فقهاء الشافعية . كتجوز النووى (٢٠) للسلم
في الصناعات التى تتم بالقالب .. انما مؤداة ضبط المطلوب صنعه .. وفي
القالب يتم هذا الضبط .

وقول النووى (٢١) : في الأسطال المربعة .. وهى المادة المطلوب
صنعها في الحياة العملية لكثير من البشر .. والمكونة عادة في وقتنا الحاضر
من الحديد أو النحاس أو الصفر أو البلاستيك .. وتشديد الامام
النووى (٢٢) في مسألة صنع الثياب ان يذكر جنس الخيط كأن يكون من

(١٨) ٢٨/٤

(١٩) نفس المصدر السابق .

(٢٠) روضة الطالبين للنووى ٢٨/٤

(٢١) نفس المصدر السابق .

(٢٢) نفس المصدر السابق ٢٥/٤

ابريسسم أو قطن أو كتان . والنوع ، والبلد الذى ينسج فيه أن يختلف به الغرض . . الى أن يذكر : ويجوز السلم فى القمص والسراويلات اذا ضبطت طولاً ، وعرضاً ، وسعة ، وضيقاً (٢٣) .

فعلى هذا . . نجد أن أصحاب الشافعى يتفقون مع الامام الشافعى فى جواز السلم بالصناعات أن كان من مادة خام واحدة أو أكثر بشرط ضبط الصفة .

أما قول صاحب المذهب (٢٤) : بأنه لايجوز السلم غيماً يجمع أجناساً مقصودة لا تتميز كالفالية . . والسبب فى هذا المنع لأن الفالية تكون عادة من عدة مواد خام . . فهى تكون عادة من الكافور والعنبر المخلوط بماء الورد .

رأى المطيعى (٢٥) :

ثم جاء المطيعى فى تكلمته للمجموع للنوى . . فتكلم عن الصناعات فى باب السلم فأدخل فى هذا النوع من العقود كثيراً من المصنوعات الحديثة . وجوز (٢٦) التعامل بها على أساس طلب الصنعة وأعطاهما حكم السلم . ومن الصناعات التى جوز السلم بها الثلاجة ، والغسالة ، والمذياع ، والمحركات بأنواعها الخ ، مما هو واقع فى عصره . . إلا أنه شدد على مسألة ضبط الصفة كالشافعى وهى أمر هين على ما يقول . . فان المصانع ترسل سجلاً لكل آلة يصنعونها يبين فيها نوع المادة المصنوع منها والشيء الذى تم به الصنع ووزن المادة وصفتها . . الخ . مما لا يخفى على كل واحد منا .

(٢٣) نفس المصدر السابق.

(٢٤) المذهب للشيرازي ٢٩٧/١.

(٢٥) المطيعى : هو محمد بن نجيب من العلماء المعاصرين وقد قام مشكوراً بتكملة المجموع

التكملة الثانية وحقق أحاديثه وطبعه طبعة جديدة

(٢٦) تكملة المبرج ١٣٠/١٢

رأى أبو سنة ومناقشته :

يرى الشيخ / أحمد فهمى أبو سنة .. أن الاستصناع جائز كما في كتب الشافعية (٢٧) وهو المنقول في كتبهم .. فقد قال : المنقول في كتب الشافعية أن منع هذه الصورة إنما يكون فيما لا ينضبط مقصودة بأن يجمع أجناسا مقصودة لا يعلم مقدار كل واحد منها كالخفاف والثياب المصبوغة والغالية .. بخلاف ما انضبط مقصوده .. بأن كان من جنس واحد أو من جنسين معلوم مقدار كل منهما وهم أولى بنقل مذهبهم » .

ولا أدري كيف بنى أبو سنة رأيه على جواز الاستصناع عند الشافعية بهذه العجالة مع أنه رجع في كلامه الى مصدرين من مصادر الشافعية وهما : المذهب والمحلى وكلاهما لم يذكرنا هذا الرأي .. سوى أن . صاحب المذهب والمحلى جوزا السلم بالصناعات .. بشرط ضبط الصفة على ما ذكرناه سابقا .. ولكن لم يذكرنا جواز الاستصناع .

ولكن يمكن أن يكون غم أبى سنة هذا كفهمنا من أن تجويزهم للسلم بالصناعات بشرط ضبط الصفة .. يفهم منه الجواز لطلب الصنعة الذى هو الاستصناع لغة .

ولكن تجويزهم للسلم بالصناعات بلا شك فيه ثرق كبير بينه وبين الاستصناع موضوع رسالتى .. فالاستصناع الذى أدرسه هو ذلك العقد المستقل .. لذا أردت التنويه اذ أن دراسة السلم له مكان في كتب الفروع لمن أراد دراسته .

* الفرع الثالث :

* حكم الاستصناع عند الحنابلة :

تمهيد :

في هذا الموجز الذى سنذكره نريد بيان حكم الاستصناع عند الحنابلة بعد أن ذكرنا حكمه عند المالكية والشافعية .

(٢٧) نظرية العرف والعادة لأحمد فهمى أبو سنة ص ١٣٢ .

وأحمد فهمى أبو سنة من المعاصرين وهو الآن استاذ في الدراسات العليا بجامعة الملك عبد العزيز .

فالحنابلة .. لم يفرّدوا للاستصناع بابا مستقلا كما فعل الحنفية .. وكذلك لم يتكلموا عنه في السلم كما فعل المالكية الذين شبهوه بالسلم أو كما فعل الشافعية في أدراج مع مسائل السلم بل ذكروا السلم في الصناعات . ولهذا أتكم عن ذلك فيما يلي :-

السلم في الصناعات عند الحنابلة :

تكلم الحنابلة عن السلم بالصناعات كغيرهم من الفقهاء .. فالحنابلة يجوزون السلم في كل ما يوزن ويكال مما يضبط بالصفة التي تختلف الأثمان باختلافها (٢٨) ..

غفى مسألة بيع المزروع من الثياب والخيوط والثوب المختلف الغزول كقطن وبريسم .. أو قطن وكتان .. فإنه يجوز بيعها من طلب الصنعة .. بشرط ضبطها (٢٩) وذلك بأن يقول السدي « ابريسم » ، واللحمة « كتان » (٣٠) ونحوه .. وهذا ما هو واقع في تعامل الناس الآن .. من أن تكون الثياب المطلوب صنعها محددة النوع فيقال في ورقة البيع لكل سلعة مثلا ٦٥٪ قطن ، ٣٥٪ حرير .

نوع الأموال المصنوعة :

لم يقيد الحنابلة في السلم بالصناعات نوعا معينا في التعامل بها .. بل أطلقوا الجواز .. لكن بشروط السلم المعروفة .
فالكاغد والآواني والثياب وغير ذلك أوردها الحنابلة حسب ما هو متعامل في تلك العصور .. فهم كالمالكية والشافعية والحنفية في الإطلاق هذا ..

صورة أخرى للاستصناع عند الحنابلة :

أردنا بهذا .. أن نعطي صورة لما أرادوه في المنع ليتضح الأمر أكثر .. فقد جاء في مخطوطة الأزهر لكتاب الفروع والمجودة في مكتبته الأزهر .. تعليق لأحدهم على هذه الصورة فقال (٣١) : « استصناع

(٢٨) المغنى مع الشرح الكبير ٣٥٦/٤ .

(٢٩) كشاف القناع ٢٧٧/٣ .

(٣٠) المغنى والشرح الكبير ٣٦٦/٤ .

(٣١) الفروع لابن مفلح ٢٢/٢ .

سلعة» يعنى : أن يشتري منه سلعة ويطلب منه أن يصنعها له .. «ووضح ذلك بصورة ما إذا اشترى منه ثوبا ليس عنده وإنما يصنعه له بعد العقد .. فهذا باع ما ليس عنده » .

هذا كل ما نقل لنا من رأى الحنابلة فى الاستصناع .. فىكون حكمه إذن عند الحنابلة هو : « المنع » .

والعلة فى المنع : هى أنه على غير وجه السلم والتي بينها الحنفية بأنها « عدم ضرب الأجل فى الاستصناع » .. فان صح ما قلناه عن العلة فى المنع يكون بالمفهوم أن الاستصناع جائز أن ضرب الأجل .

وسياتى بيان ضرب الأجل أو عدمه عند الحنفية — أن شاء الله — فيتضح الأمر أكثر .

جاء فى الانصاف (٢٢) .. لا يصح استصناع سعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم ..

وجاء فى كشف القناع (٢٣) : لا يصح استصناع سعة بأن يبيعه سعة يصنعها له لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم .. وهو قول القاضى وأصحابه (٢٤) .

* الفرع الرابع :

* خلاصة رأى اصحاب الاتجاه الثانى فى الاستصناع :

مما سبق تبين لنا أن عقد الاستصناع كعقد مستقل لم تهتم به المذاهب الثلاثة ذلك الاهتمام الذى أولاه إياه الحنفية فيما ظهر لى واطلعت عليه .
فالمالكية : شبهوا مسائل الاستصناع بمسائل السلم ، وأعطوه حكم السلم .

أما الشافعية : فقد منعه عندهم إمامهم الشافعى نقلا عن كتب الحنفية بدون تعقيب ، وقيد المنع فى كتاب الأم .. فيما إذا كان الصنع يؤدى الى الجهالة المفضية الى المنازعة .. والا فهو جائز أن استطلعنا ضبط الصفات من جميع الوجوه .

(٢٢) الانصاف للمرداوى ٢٠٠/٤ .

(٢٣) كشف القناع للبهوتى ١٥٤/٣ ، انظر الفروع لابن مفلح ٢٣/٢ .

(٢٤) نفس المصدر السابق .

أما أصحاب الشافعي ومن جاء بعدهم .. فقد ساروا على ما سار عليه أصحاب المذاهب الإسلامية الأربعة على جواز السلم بالصناعات بشرطها عندهم .. لكنهم لم يتعرضوا للاستصناع لا بالجواز ولا بالمنع .

وأما الحنابلة : فقد منع الاستصناع عندهم كما نقل لنا في بعض كتب المذهب لكنهم أجازوا السلم بالصناعات بشرطها المذكورة عندهم .

فجميع أصحاب هذا الاتجاه متفقون في رأيهم في السلم بالصناعات .. ودراستنا للسلم .. ستكون مختصرة ، وذلك اتساقا للبحث .. وإن كان مقصودي هو البحث في العقد المسمى صراحة بعقد الاستصناع .. لكن هذا لا يمنع من أن أكتب في السلم بالصناعات وشروطها بصورة مختصرة .

*** البحث الثاني :**

*** حكم السلم بالصناعات عند أصحاب الاتجاه الثاني :**

*** الفرع الأول : مشروعية السلم :**

أن أصحاب الاتجاه الثاني (المالكية ، والشافعية ، والحنابلة) كما ذكرنا يرون أن الاستصناع يندرج تحت مسائل السلم بالصناعات ... فلا بد من بيان مشروعيته عندهم .. لذا جئت بهذا المختصر عن مشروعيته عندهم .. ودليل المشروعية شروط السلم بعد ذلك .. فأقول : أجمع العلماء جميعا على مشروعية السلم .. وقد ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والاجماع .

الفرع الثاني : أدلة المشروعية :

استدل الجمهور على مشروعية السلم بالكتاب والسنة والاجماع :

الكتاب : فمن الكتاب استدل الجمهور بآية : (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) (٣٥) .. قال الطبري : في تفسير هذه الآية حسب ما نقل عن ابن عباس — رضى الله عنه — فقد قال ابن عباس « أشهد أن السلف مضمون إلى أجل مسمى .. وأن الله أحله وأذن فيه ثم قرأ الآية المذكورة أعلاه » (٣٦) ..

(٣٥) البقرة / ٢٨٢ .

(٣٦) جامع البيان للطبري ١١٦/٣ — ١١٧ .

وجه الدلالة :

أن السلم نوع من البيوع المباحة الى أجل فشملته الآية بعمومها ..
وأن لفظ الدين الى أجل مسمى يصلح للسلم ويصح إطلاقه عليه .. وبما
أن السلم بيع فقوله تعالى : (وأحل الله البيع) (٢٧) .. تدل على إباحة
السلم لأنه بيع .

السنة :

ومن السنة .. استدل الجمهور بعدة أحاديث عن الرسول صلى الله
عليه وسلم ومن ذلك ما روى عن ابن عباس — رضى الله عنهما — قال :
« قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة
والسنتين .. فقال : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى
أجل معلوم » (٢٨) ..

وجه الدلالة :

يستدل من هذا الحديث .. على أن الرسول صلى الله عليه وسلم
أقر أهل المدينة لما رأهم يسلفون في الثمار .. ولو كان غير مشروع لما
أقرهم عليه ولنهاهم عنه وبين لهم الصحيح في التعامل بها .

الاجماع :

أما الاجماع فقد انعقد على مشروعية السلم .. فقد قال ابن رشد (٣٩)
« أجمع العلماء على جواز السلم في كل ما يكال ويوزن » .

الفرع الثالث : حكمة المشروعية :

أما حكمة مشروعية عقد السلم فهي تيسير أمور الناس في معاملاتهم
وذلك لكون بعض الناس يرى أنه محتاج للشيء وهو معدوم .. وعند غيره
ما يريده .. ولكن ليس لديه المال الذي يدفعه عوضا عنه .. فيأخذ
منه الشيء المراد على أن يسلمه ما اتفقا عليه في الأوصاف المتفق عليها
بينهما .. وفي الزمن المحدد وهذا تيسير ما بعده تيسير .

تنبيه : ما ذكرناه من دليل وحكمة تشريع بالنسبة للاستصناع باعتباره
سلما قد أطلقنا فيه الرأي عن الملكية على أنه سلم .. لكننا قد أبنا سابقا
أن هناك اتجاه ذكره من الملكية الدردير ، والدسوقي في مسألة

(٢٧) البقرة / ٢٧٥ .

(٢٨) رواء الجماعة / منتقى الأخبار مع نيل الاوطار ٢٥٥/٥

(٣٩) بداية المجتهد لابن رشد ١٨/٢ ، انظر المذهب للشيرازي ٢٩٦/١ .

الشروع في الصنع فيمن رأى شيئاً لم يتم صنعه .. وطلب شراءه مع اتمام صنعه .. وأن هذا جائز عند المالكية بشرط أن تكون المادة الخام تكنى للصنع لو حدث نقص ولم يرض به المستصنع .. وأن تكون المدة التي ينتهى فيها صنع الشيء المباع مدة قليلة .. فإن هذا جائز وهو بيع .

ولهذا كان لا بد أن ننبه على أنه بناء على هذا الرأي يكون دليل مشروعية لهذا العقد عند من رأى جوازه من المالكية في هذه الحالة .. هو الدليل الذي قام به على جواز البيع من كتاب وسنة واجماع ومعقول . فهو نم يخرج عن كونه بيعاً عاماً غير مقيد . وأن الحكمة في تشريعه تلتبس من موقف الشارع الكريم في التيسير على الناس ، ودفع الحرج عنهم ، وأن شروطه العامة هي شروط البيع .

الفرع الرابع : الشروط الخاصة بالسلم :

بعد ذكرنا لحكم السلم عند الفقهاء ومعرفتنا بأنه مشروع عندهم بالأدلة الواضحة وبيننا حكمة المشروعية . نريد هنا بيان شروط السلم الخاصة . إذ أننا نعرف بأن للسلم شروطاً عامة هي شروط البيع . وقد تكلمنا عنها في المبحث الخاص للشروط العامة . وهنا نذكر شروط السلم الخاصة بصورة مختصرة اكتمالا للمبحث واتماماً للفائدة .

وشروط السلم عند الفقهاء منها ما هو مجمع عليه ومنها ما هو مختلف فيه . فعلى هذا يكون بحثنا على قسمين :

القسم الأول : الشروط المتفق عليها عند الفقهاء :

القسم الثانى : الشروط المختلف فيها بين الفقهاء :

واليك بيان هذين القسمين :

القسم الأول : أجمع جمهور الفقهاء على شروط ثلاثة خاصة بالسلم . وهى ما يلى :

الشرط الأول : أن يكون المسلم والمسلم فيه مما يجوز فيه النساء (٤٠) ..
فيشترط في المسلم والمسلم فيه أن يكونا مما يجوز فيهما النساء وذلك

(٤٠) انظر الاختيار ٢٤/٢ وما بعدها ، بداية الجتهد ٢٠٢/٢ ، شرح المنهاج للمصطفى ٢٤٠/١ ، المغنى ٣٨٤/٤ .

أما باتفاق المنافع على مايراه مالك (٤١) . . وأما بالكيل أو الوزن مع الجنس عند الحنفية (٤٢) وأما اعتبار الطعم مع الجنس عند الشافعي (٤٣) . .
وأما اعتبار الوزن والجنس في الذهب والفضة ، والكيل والجنس في الأعيان الأربعة عند الحنابلة (٤٤) . .

وسبب اشتراط هذا لأن السلم من شرطه النساء والتأجيل (٤٥) . .
الشرط الثاني : أن يكون المسلم فيه موجودا عند حلول الأجل أو بعبارة أخرى أن يكون عام الوجود (٤٦) في محله وذلك لأنه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب التسليم ، وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجودا عند المحل بحكم الظاهر . فلم يمكن تسليمه ، ولم يصح بيعه كبيع الآبق . بل أولى . فان السلم احتمل فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر لثلايكثر الغرر فيه فلايجوز مثلا السلم في العنب الى وقت لا يكون عادة موجودا فيه (٤٧) . . ويرى الشافعي أن معنى هذا الشرط أن يكون مقدورا على تسليمه عند الحلول (٤٨) . .

الشرط الثالث : أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيدا (٤٩) . .

يشترط الفقهاء في السلم أن يكون الثمن « رأس المال » غير مؤجل أجلا بعيدا .

ويعنى هذا أن يقبض رأس المال في مجلس العقد . فان تفرقا قبل ذلك بطل العقد ، وبه قال الحنابلة وأبى حنيفة والشافعي لئلا يكون من قبيل بيع الكالئء بالكالئء وقال مالك : يجوز أن يتأخر قبض الثمن يومين

(٤١) بداية المجتهد ١٢٩/٢

(٤٢) الاختيار ٣٠/٢ .

(٤٣) شرح المنهاج ٢٩٨/١

(٤٤) المغنى ١٤٢/٤ - ١٤٣ .

(٤٥) انظر المغنى ٣٨٤/٤

(٤٦) انظر الاختيار ٣٤/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد ٢٠٣/٢ ، شرح المنهاج

٣٤١/١ ، ٣٤٢ ، المغنى ٣٧٧/٤ .

(٤٧) انظر المغنى ٣٧٧/٤ .

(٤٨) انظر شرح المنهاج ٣٤١/١ ، ٣٤٢ .

(٤٩) انظر الاختيار ٣٦/٢ ، بداية المجتهد ٢٠٢/٢ ، ٢٠٣ ، شرح المنهاج ٣٣٩/١ ،

المغنى ٣٣٩/٤ .

وثلاثة وأكثر مالم يكن ذلك شرطا . لأنه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن يكون سلما فأشبهه مالمو تأخر الى آخر المجلس .

الشرط الرابع : أن يكون المسلم فيه مقدرا بالكيل أو بالوزن أو بالعدد

ان كان مماثله ذلك أو بالصفة أن كان مماثله ذلك (٥٠) . . وهذا الشرط يراد به معرفة المقدار المسلم فيه بالكيل أن كان مكيلا ، وبالوزن أن كان موزونا وبالعدد أن كان معدودا لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلف فليسلف في كيل المعلوم ووزن المعلوم الى أجل معلوم » ولأنه عوض غير مشاهد يثبت في الذمة فاشتراط معرفة قدره كالتمن .

القسم الثاني : الشروط المختلف فيها وهي كالآتي :

أولا : الأجل : اختلف الفقهاء في الأجل هل هو شرط في السلم أم لا ؟ فأبو حنيفة : يرى أنه شرط صحة (٥١) . . لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « الى أجل معلوم » وروى عن مالك . روايتان : الأولى : على أن الأجل شرط في السلم . وفي الثانية : جواز السلم حالا . .

وأدلتهم في هذا حديث ابن عباس المشهور في السلم السابق الذكر « من أسلف فليسلف . . . الحديث » . وهناك دليل عقلي مفاده : ان لم يشترط الأجل كان من بيع مالميس عند الانسان المنهى عنه . وعند الحنابلة : لا يصح السلم حالا (٥٢) . . واما الشافعي : (٥٣) . . فيجوز السلم عنده حالا ومؤجلا . وسبب هذا أنه اذا جاز السلم مع الأجل فهو حالا أجوز لأنه أقل غررا .

ثانيا . وجود جنس المسلم فيه في حال العقد : فلا يصح عند الحنفية (٥٤) السلم في المنقطع أي لابد من وجود المسلم فيه من وقت العقد الى وقت المحل . . لأن القدرة على التسليم انها تكون بالقدرة على الاكتساب . . أما جمهور الفقهاء : فلا يشترطون هذا (٥٥) . . وقالوا : يجوز السلم في غير وقت إيبائه .

(٥٠) انظر الاختيار ٣٤/٢ - ٣٥ ، بداية المجتهد ٢/٢٠٢ - ٢٠٣ ، شرح المنهاج

٣٣٩/١ ، المغنى ٤/٣٦٩ .

(٥١) الاختيار ٢/٣٥ .

(٥٢) المغنى ٤/٣٧٢ - ٣٧٣ .

(٥٣) شرح المنهاج ١/٢٤١ .

(٥٤) الاختيار ٢/٣٧٢ .

(٥٥) بداية المجتهد ٢/٢٠٤ .

ثالثا : مكان القبض : يشترط عند أبي حنيفة بيان مكان قبض المسلم
فيه (٥٦) . . ولم يشترط عند غيره وهم الجمهور . . وقال القاضي المالكي
أبو محمد : الأفضل اشتراطه ، وقيل ليس يحتاج الى ذلك (٥٧) . .

رابعا : أن يكون الثمن مقدرا : مكيلا أو موزونا أو معدودا أو مذروعا
لأجزاها :

اشترط أبو حنيفة بيان قدر رأس المال . . وقال صاحبان : يكتفى
بالإشارة لأنه يصير معلوما بها . . وصار كالثوب اذا كان رأس المال (٥٨) . .
واذا كان الثمن معينا فقد قال القاضي أبو يعلى الحنبلي ، وأبو الخطاب :
يشترط ذلك لأن أحمد — رحمه الله — قال : يقول أسلمت اليك كذا وكذا
درهما ونصف الثمن فاعتبر ضبط صفته . . وهذا قول مالك أيضا (٥٩) . .

* * *

(٥٦) الاختيار ٣٤/٢ انظر المغنى ٣٤١/١

(٥٧) بداية المجتهد ٢٠٤/٢ ، ويشترط ذلك ان كان فيه مؤنة انظر شرح المنهاج ٣٤١/١

(٥٨) الاختيار ٣٥/٢ .

(٥٩) الشرح الكبير مع المغنى ٣٨٢/٤ .

الفصل الثالث : حكم الاستصناع عند المذاهب الأخرى

* المبحث الأول : الظاهرية :

لم أجد في كتب الظاهرية شيئاً اسمه استصناع لامن قرئت ولا من بعيد فيما اطلعت عليه .. الا انى يمكن أن أقول بأن الاستصناع غير جائز عند الظاهرية لما يلى :

- ١ — بحكم « القاعدة العامة التى يسرون عليها وهى » أن الأصل فى العقود والشروط الحظر .. الا ماورد نص باباحته (١) ..
- ٢ — أو أنهم لا يأخذون بالقياس كدليل يستدل فيه بجواز عقد أو عدم جوازه فكيف يأخذون بالاستحسان (٢) الذى ثبت به الاستصناع ..

* المبحث الثانى : الشيعة الجعفرية :

لم أجد نصاً واحداً عن رأيهم فى الاستصناع عند قراعتى لكتبهم الموجودة تحت ايدينا .. سوى أن الموسوعة الفقهية (٣) أوردت لنا رأى الجعفرية منقولاً عن كتاب الخلاف للطوسى (٤) فقالت « وذهب الشيعة الجعفرية الى عدم جواز الاستصناع » .

* * *

(١) انظر ما بحث فى مدى حرية المكلف فى انشاء العقود فى هذه الرسالة صفحة (١٣)
(٢) انظر ما جاء فى مناهج الاجتهاد لسلام مذكور ص ٧٠٠ .. حيث ورد أن داود الظاهرى لاحظ على الشافعى أنه يأخذ فى بعض الأحكام بالقياس .. واعتبره مصدراً لاستنباط الأحكام .. فخرج على مذهب الشافعى بعد أن أخذ منه قال داود : أخذت أدلة الشافعى فى إبطال الاستحسان فوجدتها تبطل القياس .. انظر ملخص إبطال القياس .. والرأى والاستحسان والتقليد والتعليل لابن حزم ص ٤ .

(٣) موسوعة عبد الناصر الفقهية ٩٥/٧ .

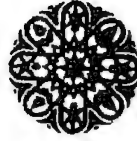
(٤) الخلاف للطوسى ٥٩٩/١ نقلاً عن الموسوعة ن . م .

الفصل الرابع : حكم الاستصناع في النظام الوضعى

لما كان عقد الاستصناع يندرج فى عقد المقاولة كما سنبينه — ان شاء الله — عند الكلام عن تكييف الاستصناع ، وأنه عقد مستقل عند دافيد . . والمعروف فى النظم الوضعية أن عقد المقاولة عقد يرد على العمل (٥) . . وعقد العمل : من العقود الثلاثة الداخلة بالحقوق الشخصية . . غالالزام فى الحقوق الشخصية إما هو التزام باعطاء أو التزام بعمل . . أو التزام بامتناع عن العمل .

وحكم عقد المقاولة فى النظام الوضعى عقد ملزم للجانبين . . وهو من عقود المعاوضة . . فهو جائز وملزم فى آن واحد .

جاء فى الوسيط (٦) . . « عقد المقاولة عقد رضائى لا يشترط فى انعقاده شكل معين . . وهو عقد ملزم للجانبين . . وهو من عقود المعاوضة » . وهو بهذا . . يتفق مع الفقه الحنفى فى جواز هذا العقد . . الا أن الحنفية عدوه عقدا مستقلا . . والمدنى المصرى : عدّه عقدا داخلا ضمن عقد المقاولة وسار دافيد فى رسالته على رأى الفقه الحنفى .



(٥) الوسيط للسنبورى ٧/٧ .

(٦) نفس المصدر السابق ٦/٧

الباب الثالث تكييف عقد الاستصناع

* * *

الفصل الأول: تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول.

الفصل الثاني: تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب النظام الوضعي.

* الباب الثالث

* تكيف عقد الاستصناع :

الفصل الأول : تكيف عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول

تمهيد :

عقد الاستصناع عقد من عقود البيع (١) بلا خلاف كما أن السلم عقد من عقود البيع إلا أن السلم عقد مستقل يأخذ شروط العقد العامة إضافة للشروط الخاصة به .

لكن هل الاستصناع عند الحنفية هو عقد مستقل من كل جوانبه كبقية العقود الأخرى ؟ .. كالسلم مثلا .. وهذا ماسنفسله — ان شاء الله — فيما بعد .

المبحث الأول : جملة الآراء حول تكيف عقد الاستصناع عند الحنفية :

بالتحقيق نجد أن تكيف عقد الاستصناع يختلف فيه عند فقهاء الحنفية أنفسهم فمنهم من يرى أن الاستصناع عقد بيع .. إلا أنه فقد بعض مستلزمات البيع (٢) ، وأخذ شبها بالاجارة (٣) فهو بيع المطلوب صنعه عند رؤيته بعد اتمام صنعه .

والبعض الآخر .. عده اجاره محضة .. وكيفه البعض الآخر على أنه اجارة ابتداء بيع انتهاء .. فعلى أى الطرق والسبل سنسير في ترتيب الحكم فيها لو حصل نزاع أو خلاف حول هذا التعاقد بين الطزفين . هذا ماسنبينه — ان شاء الله تعالى — فيما يلي من الآراء .

الفرع الأول : الاستصناع بيع :

يرى بعض فقهاء الحنفية أن الاستصناع بيع .. وأصحاب هذا الراى يرونه بيعا بمعنى أنه نوع من البيع لكن ليس على اطلاقه .

(١) انظر فتح القدير لابن الهمام ٣٥٥/٥ وما بعدها ، البدائع ٢٦٧٩/٦ . المصالح الضرورية — محمد عارف الجويجاني ٨١/١ .
(٢) انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ .
(٣) نفس المصدر السابق .

قال السرخسى (٤) : اعلم بأن البيوع أربعة: بيع عين بثمن .. وبيع دين فى الذمة بثمن وهو السلم .. وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما .. فالمعقود عليه الوصف الذى يحدث فى المحل بعمل العامل .. والعين هو الصبغ بيع فيه ..

وبيع عين شرط فيه العمل .. وهو الاستصناع ، فالمستصنع فيه مبيع عين ..

فهذا الأخير .. عده السرخسى بيعا .. الا أنه ليس على إطلاقه بدليل أن السرخسى وغيره كما سنبينه فيما بعد .. ذكروا أن للاستصناع شبهة بالاجارة فأخرجوه عن البيع المطلق .. وكذلك فإن السرخسى ساوى بين السلم والاستصناع فى كونه بيع ومن هذه المساواة يستدل على أنه لا يريد به البيع المطلق .. فالسلم بيع الا أن له اسم مستقل وشروط خاصة به غير الشروط العامة .. وكذلك الاجارة على العمل ليست ببيع على الإطلاق .

وفى البدائع (٥) . وعند الكلام عن الاستصناع قال : هو بيع لكن للمشتري خيار الرؤية .

الأمور التى خالف فيها الاستصناع البيع المطلق :

ذكر فقهاء الحنفية شيئين مهمين خالف الاستصناع فيها البيع المطلق وهما :

أولا : اثبات الرؤية فى الاستصناع (٦) :

فخيار الرؤية لا يثبت فى البيع على إطلاقه .. بل لابد من شروط لاثبات هذا الخيار سنوردها فى موضعها — ان شاء الله — .. أما الاستصناع فإنه يثبت فيه خيار الرؤية على إطلاقه بدون شرط .

ثانيا : اشتراط العمل فى الاستصناع (٧) :

والمعروف أن البيع لا يشترط فيه العمل .. ان تم على أنه بيع مطلق .. ولهذا خالف الاستصناع الذى هو بيع يشترط فيه الصنع .

(٤) المبسوط للسرخسى ٨٤/١٥ وما بعدها .

(٥) ٢٦٧٧/٦ .

(٦) انظر المبسوط ٨٥/١٥ ، البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(٧) المبسوط ٨٥/١٥ .

رأى صاحب العناية :

أما صاحب العناية .. فقد عده بيعا محضا (٨) ، ومعناه في الظاهر أنه يريد به البيع المطلق الذي لا يفقد شيئا من مستلزماته ..

رأينا :

أما الذي أراه فان كلام صاحب العناية عن الاستصناع بأنه بيع محض لا يمنع من أن يكون الاستصناع قد فقد شيئا من مستلزماته البيع المطلق .. الا أن صاحب العناية لم يذكرها لأنها مذكورة في أغلب الاحوال عند الكلام عن تعريف الاستصناع فلا حاجة لتكرارها .. فهو في النهاية يتفق مع رأى الكاسانى والسرخسي السابق الذكر .

رأى المخالفين في كون الاستصناع بيعا :

عروض الرأى السابق القائل بأن الاستصناع بيع .. بعدة اعتراضات نوردها فيما يلي :

الأول : (٩) لو كان الاستصناع بيعا لما بطل بموت أحد المتعاقدين ، كما تقولون لكنه يبطل بموت أحدهما ..

الجواب : أجيب عن هذا الاعتراض بأن للاستصناع (١٠) شبهة بالاجارة من جهة واحدة وهى أن في الاستصناع طلب الصنع وهو العمل .. فاشبهه الاجارة .. وكذلك للاستصناع شبهة بالبيع من حيث أن المقصود من الاستصناع العين المستصنع .

فالشبهه بالاجارة .. قلنا يبطل بموت أحدهما .. ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس والاستحسان .. وكذلك أثبتنا خيار الرؤية .. ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع المطلق .

ثانيا : واعترض ايضا (١١) بأن اعتبار الاستصناع بيعا مخالفة لامر الشارع .. لأن الاستصناع بيع للمعدوم .. وبيع المعدوم لا يجوز شرعا .

(٨) العناية مع فتح التدبير ٢٥٥/٥ .

(٩) نفس المصدر السابق .

(١٠) نفس المصدر السابق .. ابن مابدين في حاشيته ٢٢٤/٥ .

(١١) نفس المصدر السابق .

الجواب : واجيب عن هذا الاعتراض (١٢) بأن المدوم قد يعتبر موجودا
حكما في الامور التالية :

١ - في التذكية : فان الناسى للتسمية عند الذبح .. تعتبر التسمية
موجودة لعذر النسيان مع انها معدومة حقيقة .

٢ - الطهارة للمستحاضة : فان الطهارة للمستحاضة جعلت
موجودة لعذر جواز الصلوات .. لئلا تتضاعف الواجبات .. فذلك
المستصنع المدوم جعل موجودا حكما للتعامل .

ثالثا : اعترض أيضا (١٣) على اصحاب الرأي القائل بأنه بيع .. بأن
الاستصناع انما يصح اعتباره بيعا في حالة كون المعقود عليه هو العين
المستصنع .. وعندنا في الاستصناع يكون المعقود عليه هو الصنع
« العمل » لا العين .

الجواب : واجيب (١٤) عن هذا الاعتراض : بأن المعقود عليه هو العين
لا العمل فلو أن الصانع جاء بالمستصنع فيه مفروغا وذلك بأن صنعه
شخص آخر غيره .. ولم يكن من صنعه .. أو من صنعه لكن قد صنعه
قبل العقد لابعده .. وأخذ المستصنع لموافاته للشرط المطلوبة جاز .

الفرع الثاني : الاستصناع اجارة محضة :

بعد ان بينا ان الاستصناع عقد بيع له صفة خاصة تميز بها عن البيع
المطلق نرد في كلمات على الرأي القائل .. بأن الاستصناع عقد اجارة .

فقد ورد هذا القول في معرض بيان صاحب العناية لحقيقة عقد
الاستصناع اذ ورد فيه .. ان بعضهم يرى ان الاستصناع «اجارة
محضة» (١٥) .. وانهم استدلوا لهذا القول بشبه لاتصل الى مرتبة الدليل ..
فقد ربطوا بين الاستصناع وبين فعل الصباغ .

فان فعل الصباغ .. هو : الصبغ « العمل » في العين بصبغها .. وان
ذلك هو نظير الاستصناع وان عمل الصباغ اجارة محضة .

(١٢) انظر العناية مع فتح التدبير ٣٥٥/٥

(١٣) نفس المصدر السابق .

(١٤) نفس المصدر السابق .

(١٥) نفس المصدر السابق . ٣٥٦/٥ .

هذه هي الشبهة التي حدثت ببعض الحنفية الى القول بأن الاستصناع اجارة محضة .

الرد : وقد رد هذه الشبهة صاحب العناية (١٦) فقال : ان هناك غرقا بين الاستئجار على الصبغ وبين الاستصناع .. فعمل الصباغ محله العين وهو الصبغ .. أما الاستصناع فليس كذلك .. فافترقا .

فلا يقاس الاستصناع على استئجار الصباغ لصبغ الثوب .. فهذا قياس مع الفارق ووجه الفرق كما ذكرنا .. هو أن الصبغ « أى عمل الصباغ » أصل والصبغ « أى المادة الخام » آلتة .. فكان المقصود فيه العمل .. وذلك اجارة وردت على العمل فى عين يملكها المستأجر .. أما هاهنا فى الاستصناع فالأصل فيه هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون ما حدث بين الصانع والمستصنع هو بيع .. ولما لم يكن للبيع وجود من حيث وصفة الا بالعمل .. فأشبهه العقد هنا الاجارة فى حكم واحد لاغير ..

ولذلك .. افترق عمل الأجير عن الاستصناع .. وهناك غروق أخرى تميز الاجارة عن الاستصناع نذكر منها مايلي (١٧) :

فى اجارة الصانع للعمل : يعتبر الصانع من قبيل الأجير المشترك .. وأنه استؤجر للاستفادة والانتفاع بصنعتة فهو يقدم عملا لا عينا .. وأما الاستصناع فان الصانع يقدم فيه مادة وعملا بها .. ولهذا لو تعاقد على أن تكون العين من صاحب العمل والعمل من الصانع كان العقد عقد اجارة لا استصناع .

وأن دفع اليه بعض الممول وأمره أن يزيده من عنده ما بقى لاتمامه .. فهذا جائز ويكون قرضا .. ولو أمره أن يزيده اليه شيئا مجهولا .. فان العقد لا يصح .. الا اذا كان ما أمره بزيادته — وأن كان مجهولا — من الأمور المعلومة عند الصانع فانه يصح .

وذلك كان يدفع للصانع ثوبا ليصبغه بعصفر .. فهذا يجوز مع أن قدر العصفر غير معلوم . وكل ذلك يختلف باختلاف العرف فى كل بلد .

(١٦) العناية ٣٥٦/٥

(١٧) انظر بحث الاجارة المقدم للموسومة الفقهية فى الكويت مؤلفه : مصطفى كمال

وصلى والمطبوع على الآلة الكاتبة فقرة / ٣٧٢ .

الاجارة على الصنع تختلف عن الاستصناع :

تبل بيان الفرق بين الاجارة والاستصناع لابد من كلمة تعريفية للاجارة على الصنع : فقد جاء في المبسوط أن الاستئجار للصناعة هو (١٨) : بيع عمل العين فيه تبع .

فرق السرخسى بين الاستصناع والاستئجار للصناعة فقال (١٩) : اذا أسلم حديدا الى حداد ليصنعه اثناء مسمى بأجر مسمى . . فانه جائز ولا خيار فيه اذا كان مثل ما سمي . لأن ثبوت الخيار للفسخ ليعود اليه رأس ماله فيندفع الضرر به وذلك لا يتأتى هنا . فانه بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه .

فاما في الاستصناع : المعقود عليه العين وغسخ العقد فيه ممكن . . فلهذا ثبت خيار الرؤية فيه . . ولأن الحداد هناك « في مثال الحداد المستأجر للصنع » يلتزم العمل بالعقد في ذمته ولا يثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه » .

وفرق الكاسانى بين الاستصناع والاستئجار للصنع (٢٠) فقال : ان أسلم الى حداد حديدا ليعمل له اثناء معلوما بأجر معلوم او جلدا الى خفاف ليعمل له خفا معلوما بأجر معلوم . . فذلك جائز لا خيار فيه . . لأن هذا ليس باستصناع . . بل هو استئجار فكان جائزا . . فان عمل كذا أمر استحق الأجر . . وان فسد غله ان يضمه حديدا مثله . لأنه لما أفسده فكانه أخذ حديدا واتخذ منه آنية من غير اذنه . . والثناء للصانع . . لأن المضبوطات تملك بالضممان .

فهذه تختلف الاجارة فيها على الصناعة عن الاستصناع اختلافا بائنا . . ولو شابه الاجارة من جهة كون العقد يبطل بموت أحد العاقدین مثلا .

الفرع الثالث :

الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء :

يرى بعض فقهاء الحنفية بأن الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء . .

(١٨) المبسوط ٨٤/١٥ .

(١٩) نفس المصدر السابق ٨٥/١٥ .

(٢٠) البدائع ٢٦٢٨/٦ .

جاء في فتح القدير نقلا عن الذخيرة (٢١) : الاستصناع اجارة ابتداء ببيع انتهاء
لكن قبل التسليم لا عند التسليم .

بدليل انهم قالوا : اذا ماث الصانع يبطل (٢٢) ، ولا يستوفى المصنوع من
تركته ذكره محمد في كتاب البيوع . .

تساؤل :

فان قيل لو انعقد الاستصناع اجارة أجبر الصانع على العمل
والمستصنع على اعطاء المسمى !

الجواب :

واجيب بأنه (٢٣) انها لم يجبر الصانع لأنه لا يمكنه الا باتلاف عين له من
قطع الأديم ونحوه . . والاجارة تفسخ بهذا العذر . . الا ترى ان المزارع له
ان لا يعمل اذا كان البذر من جهته . . وكذا رب الأرض . . لأنه لا يمكنه
المضى بهذه الاجارة الا بذلك والمستصنع لو شرط تعجيله لأن هذه الاجارة في
الآخرة كسراء ما لم يره . . ولأن جواز الاستصناع للحاجة وهى فى الجواز
لا اللزوم . . ولذا قلنا للصانع ان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع لأن
العقد غير لازم .

واما بعد ما رآه فالأصح أنه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع بعد
رؤيته اجبر على دفعه له . . لأنه بالآخرة بائع .

الترجيح :

والذى ظهر لى مما سبق فى مسألة تكيف عقد الاستصناع . . ان
الاستصناع نوع بيع . . الا أنه عقد مستلزمات البيع المطلق والتي كان من
الواجب أن توجد أن اعتبرناه بيعا مطلقا . . وهذه المستلزمات هى : —

(٢١) فتح القدير ٢٥٦/٥ — ٢٥٧ .

(٢٢) ان بطلان عقد الاستصناع بموت أحد الماعدين أرجعه الحنفية الى كون
الاستصناع له شبه بالاجارة . . فهل الاجارة تبطل بموت أحد الماعدين ؟
* اجاب عن هذا . . عبد الوهاب البغدادي فى كتابه : الاشراف على مسائل الخلاف
٦٦/٢ فقال : لا تنفسخ الاجارة بموت أحد الماعدين اذا لم يتعذر استيفاء المنافع
خلالها لآبى حنيفة لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من ترك مالا أو حقا
لمورثته » .

* وهذه الاجارة بتركة للميت فيجب ان تكون لمورثته وهذا ينشئ النسخ . . ولأنه عقد
معاوضة . . فلم ينفسخ بموت أحد الماعدين .

(٢٣) فتح القدير ٢٥٧/٥ .

١ — اثبات خيار الرؤية في العقد .

٢ — اشتراط العمل على الصانع .

٣ — عدم وجوب تعجيل الثمن . . فيجوز في الاستصناع عند الحنفية أن يدفع الثمن مقدما أو يدفع بعض الثمن أو لا يدفع (٢٤) . . وهذا غير موجود ولا معهود في البيع المطلق على رأى الجمهور من الفقهاء . . ولأن الاستصناع لا يلزم فيه تعجيل الثمن . . فيكون الاستصناع عند الحنفية عقدا صحيحا في جميع هذه الحالات « حالة دفع الثمن مقدما ، وغير الدفع » ويجوز أن يكون الأجل لشهر أو أقل على رأى أبى حنيفة ، وأكثر من شهر على رأى الصاحبين .

* وبذلك كان الاستصناع عقدا مستقلا مسمى وهو عقد بيع اسمه « عقد الاستصناع » كما أن السلم عقد بيع اسمه عقد السلم .

يضاف اليه أن للاستصناع شبهة بالاجارة من جهة كون الصنعة « العمل المطلوب » فيه تكون من الصانع . . وأن العقد يبطل بموت أحد العاقدين .

* * *

(٢٤) انظر مجلة الاحكام العدلية م/٣٩١ ، وانظر شرحها لملى حيدر ٣٦٠/١ — ٣٦١ .

الفصل الثانى : تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب النظام الوضعى

تمهيد :

سبق أن أوردنا فكرة عامة عن الاستصناع فى النظام الوضعى والتعريف بعقد الاستصناع وحكمه .. وهنا سنتكلم عن تكييفه فى النظام الوضعى .. سواء كان فى المدنى المصرى أم عند فقهاء القانون الوضعى **فأقول :**

فى المدنى المصرى : يعتبر عقد الاستصناع داخلا ضمن عقد المعاولة فى القانون المدنى المصرى الجديد .. لأن المعاولة فى القانون المدنى المصرى هى (١) : عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا .. أو .. أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ..

فالمعاولة فى المدنى المصرى ذات شقين :

الأول : أن يتعهد بمقتضى العقد هذا أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا وهذا هو الاستصناع عند الحنفية .. ويؤكد كون هذا الشق من التعريف يراد به الاستصناع ما جاء فى المدنى المصرى (٢) : « ٢ — كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا .. وهو الذى نقصده من دراستنا للاستصناع اذ لو لم تكن المادة والعمل من الصانع لكان العقد اجارة اذا توفرت أحكام الاجارة فيه .

الثانى : أن يؤدى عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .. وهذه هى الاجارة فى الفقه الاسلامى (٣) .. ويوضح ذلك ما ورد فى المدنى المصرى (٤) « ١ — يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها أو يستعين بها فى القيام بعمله » .

فالمادة فى هذا الشق أصبحت من المستصنع أو رب العمل كما عبر عنه المدنى المصرى وتدخل ضمن الاجارة على العمل .

(١) ٦٤٦/م

(٢) ٦٤٧/م

(٣) نظرية الضرر للضبيب ٤٦٠ .

(٤) ٦٤٧/م

فقهاء القانون الوضعي :

في هذه اللمحة التي سأوردها أنكلم عن رأى فقهاء القانون الوضعي كدافيد في رسالته عقد الاستصناع (٥) ، ومحمد لبيب شسنب في كتابه «شرح أحكام عقد المقاولة (٦)» ، والسنهوري في كتابه «الوسيط» .. وكل هؤلاء قد أوردوا رأى فقهاء النظام الوضعي الآخرين دون تنظيم خاص بعقد الاستصناع .. بل في عقد المقاولة بصورة عامة خلا دافيد .

دافيد : قال دافيد (٧) : « ويمكن أن ندهش أمام شيوخ عقد الاستصناع من عدم وجود تنظيم لهذا العقد في التقنين المدنى الفرنسى .. فعلى هذا لم يكن التقنين المدنى الفرنسى وهو الذى أخذ منه أغلب واضعى النظم الوضعية في البلاد المجاورة لفرنسا ..

وعرغه دافيد .. بأنه العقد الذى بمقتضاه يتعهد مقاول بأن يصنع شيئا بالمسادة التى يقدمها ، وأن يسلم هذا الشيء عندما ينتهى فى مقابل ثمن الى من طلبه .. فهنا وجد عنصران رئيسيان فى هذا العقد وهما : **العمل ، والمسادة** .. فعقد الاستصناع عند دافيد له طبيعته الخاصة ويختلف اختلافا كبيرا عن العقود الأخرى .. فهو عقد مستقل (٨) ..

ومع هذا .. فقد أورد آراء فقهاء النظام الوضعي المختلفة حول تكييف عقد الاستصناع لاختلافهم فيه .

السنهوري : نجد السنهوري فى موضوع التمييز بين عقد المقاولة والبيع يورد مايلي (٩) : — يظهر لأول وهلة أن المقاولة تتميز بسهولة عن البيع غهى ترد على العمل والبيع يقع على الملكية .. فالمقاول الذى يتعهد ببناء منزل .. يبرم عقد المقاولة .. أما اذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك .. فالمعقد بيع .. ولا شك أن العقد اذا اقتصر المقاول فيه على التعهد بتقديم العمل على أن يقدم رب العمل المسادة التى يستخدمها فيجوز ذلك .. ولكن اذا قدم رب العمل المسادة واقتصر المقاول على العمل يتمحض عقد المقاولة لا شبهة فيه .. وانما الشبهة تقوم فى الفرض الآخر الذى يتعهد به

(٥) رسالة عقد الاستصناع لدافيد ص ٤ .

(٦) شرح أحكام عقد المقاولة لمحمد لبيب شسنب .

(٧) رسالة عقد الاستصناع لدافيد ص ٤ .

(٨) رسالة عقد الاستصناع لدافيد ص ١ ، ٥٨ .

(٩) الوسيط للسنهوري ٢٢/٧

المقاول بتقديم العمل والمادة معا (١٠) .. فقد يقع اى يتعاقد شخص مع نجار على ان يصنع له مكتبا او مكتبة ويقدم النجار الخشب من عنده .. فهل يبقى العقد فى هذه الحالة وغيرها . عقد مقاوله او يكون عقد بيع واقع على شىء مستقبلى هو الاثاث بالنسبة الى النجار .. هذا تساؤل اوردته السنهورى وهناك تساؤلات اوردتها غيره (١١) .. ونورد فيما يلى اهم الآراء حول تكييف عقد الاستصناع فى النظام الوضعى :

المبحث الأول :

اثيرت مسألة تكييف عقد الاستصناع خلافا كبيرا فى الفقه والقضاء عند اصحاب النظام الوضعى اوردتها محمد لبيب شنب عند البحث عن تكييف عقد الاستصناع واوردتها ايضا السنهورى ، وذكرها دافيد فى رسالته .. والآراء هى ما يلى : —

الفرع الأول : الاستصناع عقد بيع لشيء مستقبلى (١٢) .

يستدل اصحاب هذا الراى الى ما يواجهه المتعاقدان عند ابرام العقد غير ان العقد عند ابرامه ليس هو العمل المكلف به .. بل هو الشيء المصنوع (١٣) .

ويبدو ان هذا هو الراجح فى القانون الرومانى (١٤) .. كما ان شراح القانون البحرى يرجحون هذا الراى بالنسبة لعقد بناء السفينة .. وهو يتفق مع وجهة نظر الفقه الاسلامى كما جاءت به كتب المذهب الحنفى .

(١٠) ويسمى العقد بعقد الاستصناع عند دافيد — انظر رسالته ص ٢٢١ .

(١١) احكام عقد المقاوله — محمد لبيب ص ١٦ .

(١٢) رسالة الاستصناع لدافيد ص ٢٤ .

(١٣) احكام عقد المقاوله ص ١٧ .

(١٤) جاء فى مدونة جستنيان فى الفقه الرومانى ص ٢٣٠ ترجمة عبد الميزر همسى انه اذا اتفق بيقوس مع أحد الصائغ على ان يأتى الصائغ بذهب منه ويصنع له خاتما بوزن مخصوص وبشكل معين .. وان يكون للصائغ فى نظير هذا مبلغ مقرر دنائير مثلا .. فتدجرى التسليم من هذا الاتفاق « ابيع هو أم اجارة ؟ » ولد ارتأى كاسيوس ان يتبين عقدين بيما للذهب واجارة للعمل .. انظر شرح احكام المقاوله ص ١٧ .

المنافشة : ناقش لبیب شنب هذا الرأى فقال : أن هذا الرأى يعيبه أنه لا ينظر سوى الى أثر واحد من الآثار المترتبة على العقد وهو نقل الملكية للشيء المصنوع ، ويمهل التزام المقاول بصنع هذا الشيء . . حين نجد أن هذا الأخير ليس مجرد التزام تابع وثانوى اذا ما قيس بنقل الملكية . . بل أنه جوهر عقد الاستصناع . . فقيام المقاول بالعمل الذى هو صنع الشيء . . ركن من أركان الاستصناع . . والدليل على ذلك أنه اذا أتى **الصانع بشيء كان قد صنعه من قبل العقد** غرضى به المستصنع ، فإن ملكية هذا الشيء وإن انتقلت اليه . . فذلك لا يكون بمقتضى عقد الاستصناع ، بل بمقتضى عقد آخر (١٥) انعقد بتراضيهما على هذا الشيء . . وفضلا عما تقدم . فإن اعتبار الاستصناع بيعا بسيطا لا يحل المشاكل التى يثيرها . . والمتعلقة بتنفيذ العمل المطلوب .

فهذا الرأى . . أثار كلاما كثيرا يحتاج الى بيان رأى الشريعة فيه أولا ، وثانيا لمعرفة موقع هذا الرأى من أقوال فقهاء الحنفية فيه . .

أما الأول . . فإن قولهم : أن التزام الصانع هو أمر رئيسى ، وليس بثانوى هو أمر تكلم فيه فقهاء الحنفية واختلفوا فيه فمن قائل أن التزام الصانع بالصنع يكون بعد رؤية المستصنع للمستصنع فيه . . وقال به أكثر فقهاء الحنفية . . وهناك رأى آخر جاء به صاحب الدرر يقول أن الالتزام بالعقد يبدأ من أول التعاقد الى نهايته وهو ما سنبينه فيما بعد — أن شاء الله .

وأما قولهم . . أنه اذا أتى بالمصنوع قبل العقد وأعطاه للمستصنع . . فهذا الأمر أثاره أيضا الحنفية **بقولهم** : لو جاء به مفروغا لا من صنعيته لجاز .

أما الثانى : فهو يقرب كثيرا الى رأى الحنفية . . لكن الى درجة القول بأنه متفق مع رأى الحنفية (١٦) . . لأنهم اختلفوا حول التزام الصانع بالصنع وعدمه وهم اعتبروا الالتزام هذا . . مهم جدا . . واعتبروا عمل الصانع ركن من أركان الاستصناع وهذا لم يقل به أحد من فقهاء الحنفية قط .

وهذا الرأى . . هو المهم . . لذا قدمناه على غيره .

(١٥) الوسيط للسنهورى ٢٦/٧ ، انظر رسالة الاستصناع لدافيد ص ٤
(١٦) جاء فى نظرية الضرر للضرير ص ٤٦٠ (مذهب بعضهم الى أن « الاستصناع » عقد بيع مستقل واتع على شيء مستقل ، وهذا الرأى يتفق مع مذهب الحنفية .)

الفرع الثاني : الاستصناع عقد مقالة واقع على العمل (١٧) :

وأصحاب هذا الرأي يرون أن الاستصناع يكون عقد مقالة دائما ..
والمادة تابعة للعمل فقط .. إذ أن تملك رب العمل للشيء المصنوع ليس
الانتيجه لازمة لكون الما قول يقوم بالصنع لحساب رب العمل .. وهذا
الرأى متفق مع رأى أحد فقهاء الحنفية وهو أبو سعيد البردعى (١٨) القائل :
بأن الاستصناع يقع على العمل دون المادة « العين » ولكن هذا الرأى
فى الفقه الاسلامى مرجوح .. والصحيح : أن الاستصناع بيع لا اجارة
« مقالة » ..

الفرع الثالث : الاستصناع عقد مقالة أن كانت المادة اقل قيمة من العمل وعقد بيع أن كان العمل اقل قيمة من المادة :

وأصحاب هذا الرأى .. يرون أن الاستصناع عقد مقالة على أن
العمل هو الأساس فيه .. ويكون بيعا لأن المادة المباعة هى الأساس ..
فهو « عقد مختلط » (١٩) بين البيع والمقالة ..

فإن كان العمل هو الأساس والمادة تابعة .. يكون مقالة وبيع ..
وإن كانت المادة هى الأساس والعمل تابع لها .. فهو بيع ومقالة
إذ لا يعتبر عقدا بسيطا مقالة فقط .. أو بيعا فقط .. لأن أحكام كل من
هذين العقدين منفردة لا تكفى لمواجهة المسائل التى يثيرها عقد الاستصناع .

ولكن هذا الرأى وإن بدى أنه يسد النقص الذى قد يترتب على تطبيق
أحكام أحد العقدين فقط .. فهو يؤدى الى اثاره صعوبات فيما يتعلق
بالمسائل التى تتعارض فيها أحكام المقالة مع أحكام البيع كما هو الأمر
فيما تختص بطبيعة الموضع وتحديد ، وانهاء العقد بالارادة المنفردة ..
إذ تتعين عندئذ المفاضلة بين العقدين وهو ما يؤدى الى التحكم فى أغلب
الأحيان (٢٠) .

(١٧) رسالة الاستصناع لدافيد ص ٢١ .

(١٨) سياى بيان رأى أبى سعيد البردعى حول ما إذا كان عقد الاستصناع يرد على
العمل أم على العين « المادة المصنوعة » .. وأبو سعيد البردعى : هو أحمد
ابن حسين البردعى نسبة الى بردعة من مقاطعات أذربيجان قتل فى واقعا
الترامطة مع الحجاج سنة ٣١٧ هـ . انظر حاشية ابن عابدين ٢٢٥/٥ .

(١٩) أحكام المقالة لشنوب ص ١٦ وما بعدها . ورسالة دالميد ص ٣٧ .

(٢٠) أحكام عقد المقالة ص ١٦ .

وهذا الرأي له شبه برأى أحد الحنفية القائل بأن الاستصناع له شبه بالاجارة وشبه بالبيع .. لكن هذا الرأي فى النظام الوضعى يختلف عن رأى الحنفية .. لأن الاستصناع فى النظام الوضعى ينظر اليه على انه مقاوله .. فياخذ حكمها وينفس الوقت ياخذ حكم البيع على حدة .. وهذا لم يقل به أحد من الحنفية .

الفرع الرابع : الاستصناع عقد مقاوله ابتداء وبيع انتهاء (٢١) :

يرى اصحاب هذا رأى .. كما نقله لنا داغيد أن الاستصناع عقد مقاوله مادام الشئ لم يتم صنعه بعد .. فاذا انتهى هذا الصنع تحول العتد الى بيع للشئ المصنوع ، وتنقل ملكيته الى المشتري .

واعترض على هذا رأى .. بقولهم : أن تكييف العقد انها يتم وقت انعقاده بغض النظر عما يترتب عليه بعد ذلك .. ولا يجوز أن يتغير وصف العقد وقت تكوينه عن وضعه اذا ما نفذ .. فضلا عن أن الما قول يضمن عمله مدة طويلة بعد صنع الشئ مما يدل على أن الما قولة تظل وتستمر ولا تنتهى بمجرد اتمام هذا الصنع ..

وهذا رأى .. له شبه بقول بعض الحنفية (٢٢) القائل بأن الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء .. لكن قبل التسليم لا بعد التسليم .

المبحث الثانى : الرأى الراجع عند فقهاء النظام الوضعى :

الفرع الأول : الراجع عند السنهاورى :

يرى السنهاورى (٢٣) أن الرأى الراجع عنده .. هو ما جاء فى الفرع الثالث السالف الذكر .. والقائل : « أن العتد يكون مقاوله او بيعا بحسب نسبة قيمة المسادة الى قيمة العمل » .. وضرب السنهاورى مثالين لزيادة قيمة المسادة على العمل ومثالا آجرا لزيادة العمل على المسادة فغال عنه أن الأمر ظاهر فى الامثال المتقدمة حيث تصفر قيمة المسادة الى حد كبير بالنسبة الى عمل الفنان .. فتكون تابعة للعمل .. ويكون العتد مقاوله ..

(٢١) رسالة الاستصناع لداغيد ص ٣٥ .

(٢٢) انظر فتح التدير ٢٥٦/٥ - ٢٥٧ .

(٢٣) الوسيط ٢٦/٧ وما بعدها .

وحيث تكبر هذه القيمة الى حد بعيد بالنسبة الى العمل في السيارة التي تحتاج الى اصلاحات طفيفة .. فيكون العقد بيعا .

ولكن كثيرا ما يقع أن تكون للمادة قيمة محسوسة الى جانب قيمة العمل .. ولو كان أقل قيمة منه .. وذلك كالخشب الذي يورده النجار لصنع الاثاث والقماش الذي يورده الحائك لصنع الثوب .. فيصبح العقد في هذه الحالة مزيجا من بيع ومقابلة سواء كانت قيمة المادة اكبر من قيمة العمل أو أصغر .

ويقع البيع على المادة وتسرى احكامه فيما يتعلق بها وتقع المقابلة على العمل وتنطبق احكامها عليه ..

الفرع الثاني : الراجح عند داغيد :

ويرى داغيد (٢٤) بأن الاستصناع عقد مستقل أو ما يسمى في النظم الوضعية « عقدا غير مسمى » ..

مناقشة السنهوري لداغيد :

وناقش السنهوري داغيد (٢٥) .. فقال : هناك رأى يذهب الى أن الاستصناع ليس مقابلة ، ولا بيعا .. بل هو عقد غير مسمى « داغيد في عقد الاستصناع رسالة من باريس » .. ولا مانع من القول بأن هناك عقدا له مقومات تميزه عن غيره هو عقد الاستصناع ولكن ذلك لا يعنى أنه عقد « غير مسمى » .. فاسمه معروف وهو « عقد الاستصناع » ولا يمنع أن يكون عقد الاستصناع هذا .. ليس الا مزيجا من « البيع والمقابلة » .



(٢٤) رسالة عقد الاستصناع لداغيد ص ٤ وما بعدها

(٢٥) انظر للموسيط في الحاشية ص ٢٧/٢ .

الباب الرابع المقومات والشروط

* * *

الفصل الأول: المقومات

الفصل الثاني: الشروط

الفصل الأول : المقومات

المبحث الأول : المقومات العامة للاستصناع وغيره من العقود :

سبق وان تكلمت عن المقومات العامة بصورة موجزة عند البحث عن تعريف العقد وسنتكلم عن ركن الاستصناع في هذا الفصل .

أما باقى المقومات والتي هى شروط عند الحنفية .. وأركان عند غيرهم من الجمهور .. فسأتكلم عنها من وجهة نظر الحنفية التى ترى بأن الأركان انما هى شروط للعقد . وقلنا أن المقومات الأساسية لكل عقد هى (١) :

« العاقدان المقود عليه الصيغة »

وقد عدها بعض الفقهاء ستة أى « العاقدان ، المثنى ، المثنى ، الثمن ، الثمن ، الإيجاب والقبول » .. وبعضهم عدها خمسة (٢) : « العاقدان ، المثنى ، المثنى ، الصيغة » .. وهذه اختلافات شكلية لا أكثر .

والمقومات هذه .. عدها جمهور الفقهاء أركاناً ، وعدها الحنفية شروطاً للعقد ما عدا الصيغة فهى ركن العقد عندهم (٣) .. وعليه فسأتكلم عن ركن الاستصناع الا وهو الإيجاب والقبول أولاً .. لأنه الركن المتفق عليه عند جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية .. أما باقى المقومات والتي هى شروط عند الحنفية وأركان عند غيرهم من الجمهور .. فسأتكلم عنها في المبحث الثانى .

المبحث الثانى : ركن الاستصناع :

أبدأ بذكر الركن المتفق عليه بين الفقهاء لاي عقد واتصد به الصيغة أو « الإيجاب والقبول » ..

الفرع الأول : المراد بالصيغة :

تشمل صيغة العقد ما يتلفظ به العاقدان من عبارات يلتزمان بها لتكوين العقد والمسماة في عرف الفقهاء « بالإيجاب والقبول » .. وقد تكلم

(١) ، (٢) الشرح المصنف ١٤/٢ .

(٣) الاختيار ٤/٢ .

الفقهاء جميعا عن الصيغة وما المراد بها ، وكيف تكون ؟ وهل تكون بالماضى أم بالحال أم بالأمر ؟ .

وبما أن الاستصناع بيع .. فستكلم عن الصيغة ، وما المراد منها أخذا من الكلام عن البيع عند الفقهاء .

الصيغة هي : كل ما يدل على رضا الجانبين البائع والمشتري (٤) —
وهي نوعان :

النوع الأول : الصيغة القولية (٥) : وما يقوم مقامها من رسول أو كتاب .. **فالقول :** كأن يقول البائع قد بعثك ثوبى بكذا .. أو أرسل له رسولا فقبل البيع في المجلس .. غانه يصح .. والقول يكون باللفظ الذى يدل على التمليك **والتملك :** كبعت واشتريت ويسمى ما يقع من البائع ايجابا ، وما يقع من المشتري قبولا .. هذا عند **جمهور الفقهاء** .

أما الحنفية .. فيرون أن **الإيجاب :** هو ما صدر أولا من أحد المتعاقدين سواء كان بائعا أو مشتريا .. **والقبول :** هو ما صدر ثانيا .

النوع الثانى : المعاطاة (٦) : وهى الأخذ والاعطاء بدون كلام .. كأن يشتري شيئا بثمن معلوم له .. غأخذه البائع ويعطيه الثمن وهو يملك بالقبض .. هذا عند **جمهور الفقهاء (٧)** .. مع خلاف فى كونه يثبت فى الأشياء اليسيرة أم بالخسيسة أم فى الأشياء كلها .

فالشافعية .. يرون : أن العقد لا يتم الا بالإيجاب والقبول (٨) .. وهذا فى العقد بصورة عامة .. أما فى الاستصناع بالذات .. فالذى أراه أن الاستصناع لا يكون بالمعاطاة لأنه لابد من أوصاف يذكرها المستصنع ، واستعداد بالعمل من الصانع .. وهذا يستدعى ايجابا وقبولا .
وقد مثل بعض الفقهاء للصيغ **منها :** اعمل لى (٩) ، واصنع لى (١٠) ، فيقول الصانع قبلت ورضيت .. أو أى لفظ يدل على الرضا عرفا .. علما

(٤) الاختيار ٤/٢ ، الشرح الصغير ١٤/٣ ، المذهب ٢٥٧/١ ، كشف القناع ١٣٦/٣ ، ١٣٧ .

(٥) ، (٦) انظر البدائع ٢٩٨٣/٦ ، الاختيار ٤/٢ ، الشرح الصغير ١٤/٣ وما بعدها ، المذهب ٢٥٧/١ .. المغنى مع الشرح الكبير ٢/٤ وما بعدها .

(٧) البدائع ٢٩٨٥/٦ .

(٨) المذهب ٢٥٧/١ .

(٩) البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(١٠) انظر حاشية شلبى على الزيلعى ١٢٣/٤ .

بان لفظة « **اعمل لى ، واصنع لى** » تدل على الأمر .. الا ان الكاسانى وغيره جوزوها .

وعليه .. فان صيغة الاستصناع لا يمكن حصرها فى شىء معين .. فهى جائزة فى كل ما تعورف عليه بين الناس ، وجرى التعامل بهذه الصيغة او تلك ما دامت تدل على الرضا .

المبحث الثالث : اركان عقد الاستصناع فى النظام الوضعى :

لما كان عقد الاستصناع كما بينا سابقا يندرج تحت عقد المقاولة فى النظام الوضعى « **المدنى المصرى** » ، وعقدا مستقلا عند دافيد فى رسالته .. لذا سأتكلم عن اركان عقد المقاولة فى المدنى المصرى بشىء من الاختصار .

يرى السنهورى عند بحثه لأركان المقاولة فى المدنى المصرى ان اركانها كالأركان فى سائر العقود (١١) .

والأركان فى سائر العقود هى ما يلى :

١ — التراضى . ٢ — المحل . ٣ — السبب .

ولا شىء يقال فى السبب فى خصوص عقد المقاولة ومحلله النظرية العامة فى السبب والتى بحثت فى الوسيط .. فيبقى التراضى والمحل .

والمحل فى عقد المقاولة مزدوج : فهو بالنسبة الى التزامات المقلول : العمل الذى تعهد بتأديته بموجب عقد المقاولة .

وهو بالنسبة الى التزامات رب العمل الأجر الذى يدفعه للمقلول فى مقابل هذا العمل .. **والتراضى** : يكون البحث فيه فى شرطى الانعقاد والصحة . وهذا سنبحثه فيما بعد :

* * *

(١١) الوسيط للسنهورى ٢٦/٧ — ٦٣ .

الفصل الثانى : الشروط

المبحث الأول : الشروط العامة للاستصناع وغيره :

تمهيد :

سبق وأن تكلمت عن أركان عقد الاستصناع ، وقلت أن هذا محل خلاف بين فقهاء المذاهب . فبينما يراه الحنفية أن الركن هو الصيغة فقط . . وما عدا هذا غنى شروط . . حين نرى غيرهم وهم الجمهور يرون أن الصيغة والعقدان والمعقود عليه هى الأركان .

ومقومات الاستصناع عند الحنفية تشمل ما يلى :

١- العقدان ٢- محل العقد ٣- صيغة العقد ٤- الثمن

لهذا سأتناول البحث فى الشروط من وجهة نظر الحنفية باعتبارها شروطا وليست أركاناً فى العقد .

تعريف الشرط : قبل الكلام عن هذه الشروط أبداً بكلمة موجزة عن الشرط فى اللغة والاصطلاح .

التعريف اللغوى للشرط : الشرط لغة (١٢) هو الزام الشيء والتزامه كالشريطة جمعه شروط وشرائط .

التعريف الاصطلاحى للشرط : والشرط فى اصطلاح الفقهاء هو ما يلزم من عدمه العدم (١٣) . . ولا يلزم من وجوده الوجود . . فعند عدم الشرط يستلزم عدم وجود الأمر المشروط له . . كحولان الحول شرط فى وجوب الزكاة . . فعند عدم حولان الحول لا تجب الزكاة الى أن يتم هذا الشرط فتوجد الزكاة .

أما وجود الشرط . . فلا يلزم منه وجود المشروط كالمثال السابق . . فعند حولان الحول . . لا يلزم منه وجوب الزكاة لعدم المال . . لأن الشرط يتوقف عليه وجود الشيء والمال . . وإن وجد لكن شرط وجوب الزكاة فيه لم يتحقق . فلم يحل الحول على وجود المال لدى مالكه .

(١٢) تاج العروس - فصل الثمين - باب الطاء .

(١٣) ارشاد الفحول للشوكانى ص ٧ .

والشروط العامة للاستصناع هي الشروط التي تشترط في كل عقود
المعاوضات كالبيع والسلم والاستصناع والاجارة وغير ذلك من العقود ..
بحيث اذا لم تتوفر في العقد .. فانه يكون غير صحيح .. ولا يترتب عليه
آثاره .. فهي شروط لابد منها في عقد البيع المباح ليصبح البيع منعقدا .
والشروط ذكرها الكاساني في البدائع (١٤) .. وهي عنده اربعة انواع
ولكل نوع ما يخصها من الشروط .. وقد اوردها العلماء في كتبهم عند
البحث عن اى عقد الا انهم لم يهتموا في ابرازه ذلك الابرار الذي قام به
الكاساني في البدائع .. لذا نجد انفسنا امام هذه الانواع وما قاله العلماء
في ذلك نوره كل حسب موقعه .. واليك هذه الأنواع :

١ — شروط الانعقاد .

٢ — شروط اللزوم (١٥) .

٣ — شروط الصحة (١٦) .

٤ — شروط النفاذ (١٧) .

وسأتكلم عن هذه الأنواع وما يخصها من الشروط فيما يلي :

الفرع الأول : شروط الانعقاد :

وشروط الانعقاد أنواع ، وبعضها يرجع الى ما يلي :

- ١ — العاقد .
- ٢ — صيغة العقد .
- ٣ — البدلان .
- ٤ — مكان العقد .

المطلب الأول : شروط الانعقاد التي ترجع الى العاقد هي :

- ١ — **اهلية المتعاقدين :** ان اهلية المتعاقدين بعمومها ، وبشقيها
« العقل والبلوغ » كشرط للانعقاد هي محل اختلاف الفقهاء .
فالحنفية ، والمالكية ، واحدى الروايتين عند الحنابلة .. يرون أن
العقل هو شرط الانعقاد .. فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل
عندهم (١٨) .

(١٤) انظر البدائع ٢٩٨٧/٦ .

(١٥) شروط اللزوم هي التي لايلزم العقد بدونها ، وان كان قد ينعقد وينفذ بدونها .
البدائع ٢٩٨٧/٦

(١٦) شروط الصحة : هي التي لاصحة للعقد بدونها ، وان كان قد ينعقد وينفذ بدونها .
نفس المصدر السابق .

(١٧) شروط النفاذ : هي مالا يثبت الحكم بدونها ، وان كان قد ينعقد التصرف
بدونها .. نفس المصدر السابق .

(١٨) انظر البدائع ٢٩٨٧/٦ ، المغنى ١٨٥/٤ ، المقنع ٤/٢ ، مواهب الجليل
٢٤١/٤ .

أما الشافعية .. فعندهم يصح البيع من كل بالغ عاقل حر .. فأما الصبي والمجنون فلا يصح بيعهما لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » (١٩) .. هذا دليل المنقول عندهم (٢٠) ..

ومن المعقول قول الشيرازى من الشافعية (٢١) : ولأنه تصرف فى المال فلم يفوض الى الصبى والمجنون كحفظ المال . .

وقيل أيضا (٢٢) : لا يصح من صبي وأن قصد اختباره وفي هذا رواية ثانية عند الحنابلة (٢٣) .

والراجح عندي .. هو أن تصرف الصبى المميز ينعقد وذلك لقوة أدلة المالكية والحفية ورواية عند الحنابلة .. فهو مأذون له بالتجارة .

ب - أن يكون العاقد متعددا .. يرى الحنفية (٢٤) أن الواحد لا يصلح عاقدا من الجانبين في باب البيع إلا الأب غله أن يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة ..

وبالامعان نجد أن شرط التعدد في هذه المسألة « مسألة الأب » يعتبر موجودا .. أما في المذاهب الأخرى .. فيرون ذلك أيضا .. الا أنهم لاذكرون هذا كشرط .. فهم يعتبرون العاقدین من أركان العقد .. ومبنى هذا قائم على الخلاف الموجود بين الحنفية وغيرهم في تحديدهم للركن .

فالحنفية يرون الركن جزء الماهية الذى منه ومن غيره تتكون الماهية
. فغيا يرى غيرهم من الفقهاء أن الركن هو ما يتوقف
عليه الشيء سواء كان جزء الماهية أو غير جزء . . لكن يتوقف عليه
وجود الشيء . . ولذلك نرى أن بعض الأركان عند غير الحنفية هي شرط
لوجود الشيء عند الحنفية .

(۱۹) رواه أبو داود في سننه . ۶ / ۹۷ - ۹۹ ، وقال الأبدی : رواه أحمد وأبو داود
والحاكم من طريق علي وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما - انظر الأحكام للأبدی
۱ / ۱۵۰ . ط أولى م/النور - تعليق عبد الرازق عینی

(٢٠) المذهب ٢٥٧/١ ، مغنى المحتاج ٧/٢ .

(٢١) نفس المصدر السابق

(٢٢) مغنى المحتاج ٧/٢ .

(٢٣) المغنى والشرح الكبير ١٨٥/٤ .

(٢٤) انظر البدائع ٢٩٨٩/٦ .

المطلب الثانى : الشروط التى ترجع الى صيغة العقد :

والشروط التى ترجع الى صيغة العقد هى ما يلى :

١ — أن يكون القبول موافقا للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع .. فان خالفه بأن قبل غير ما أوجبه البائع .. فلا ينعقد العقد من غير إيجاب مبتدأ موافق (٢٥) .

٢ — ألا يفصل بين القبول والإيجاب فاصل يدل على الاعراض (٢٦) عن البيع عرفا (٢٧) فلا يشترط أن يكون القبول بعد الإيجاب غورا .. لأن القابل يحتاج الى التأمل والتفكير فى البيع .. وهذا يستدعى بعض الوقت الذى لا يعتبر اعراضا عن القبول ولو اقتصر الأمر على الفور لا يمكنه التأمل والتفكير .. فلم تشترط الفورية (٢٨) .

*** المطلب الثالث : الشروط التى ترجع الى البدلين .**

أما الشروط التى ترجع الى البدلين فهى ما يلى :

١ — أن يكون المبيع موجودا : أن كون الوجود شرط فى المبيع امر مسلم به مطلقا عند بعض الفقهاء ولا مطلقا عند ابن القيم .. وقد أبنت ذلك بصورة مفصلة وبوضوح عند كلامى عن « التعاقد على المعدوم » فى الباب التمهيدى .

وذكرت رأى ابن القيم فيه .. وما استدلل به من كتاب وسنة ورده على من اشترط وجود المبيع مطلقا كشرط لصحة البيع وانعقاده .. وقد رجحت الأخذ برأى ابن القيم بالنسبة لعقد الاستصناع فليرجع اليه (٢٩) .

٢ — أن يكون البدلان مالا متقوما : ومن شروط الانعقاد فى البدلين أن يكونا مالا متقوما (٣٠) .. لأن البيع هو مبادلة مال بمال .. فلا ينعقد بيع الحر مثلا .. لأنه ليس بمال ، ولا الخمر ، ولا الخنزير لكونهما ثبتت حكمهما بالمنع على العموم فى حق المسلم والكافر .

(٢٥) انظر البدائع ٢٩٩٠/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٠/٢ ، المذهب ٢٥٧/١ ،
المغنى ٣/٤ .

(٢٦) بداية المجتهد ١٧٠/٢ .

(٢٧) الاختيار ٦/٢ .

(٢٨) كشف القناع ١٣٧/٣ .

(٢٩) راجع ملاحظته فى هذه الرسالة فى بحث « التعاقد على المعدوم »

(٣٠) انظر البدائع ٣٠٠/٦ .

* وهناك خلاف في هذه المسألة ليس هو موضوعنا .. ويعتبر مالا متقوما : ما منه منفعة (٢١) ، فما لامنفعة فيه لا يجوز بيعة ولا ينعقد العقد معه .. فلا ينعقد مثلا بيع النحل .. لأنه ليس بمنفعة به .. فلم يكن مالا بنفسه بما يحدث منه .

٣ — أن يكون المبيع مملوكا للبائع : لأن البيع تمليك فلا ينعقد (٢٢) فيما ليس بمملوك كمن باع الكلاً في أرض مملوكة ، والماء الذي في نهره أو في بئرته .. لأن الكلاً وإن كان في أرض مملوكة .. فهو مباح .. وكذلك الماء ما لم يوجد الاحراز .

٤ — أن يكون البدلان مقدوري التسليم : كذلك يشترط أن يكون البدلان مقدوري التسليم .. فإن كان غير مقدوري التسليم لاستحالته كالطير في الهواء .. فلا ينعقد (٢٣) .. وإن كان مملوكا للبائع .

المطلب الرابع : أما الذي يرجع الى مكان العقد من الشروط فهو :

اتحاد مجلس العقد : بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد .. فإن اختلف المجلس لا ينعقد العقد حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس .. ثم عاد فقبل لا ينعقد العقد (٢٤) .

الفرع الثاني : شروط اللزوم :

أما شروط اللزوم في العقد فهي ما يلي :

المطلب الأول : خلو البيع من أحد الخيارات :

أن من شروط اللزوم في العقد خلو البيع من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخ العقد .. مثل : خيار الشرط ، والغبن ، والعيب ، والرؤية .

(٢١) ، (٢٢) انظر البدائع نم ، الشرح الصغير ١٩/٣ وما بعدها . الوجيز ١٢٣/١ ،

المجموع ١٥٧/٩ وما بعدها ، المتقن ٥٥/٢ وما بعدها ، كشاف القناع ١٥١/٣ .

(٢٣) انظر البدائع ٣٠١٣/٦ ، المتقن نفس المصدر السابق ، الوجيز ١٣٣/١ ، المجموع ١٥٧/٩ .

(٢٤) البدائع ٢٦٦٢٧/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٠/٢ ، المهذب ٢٥٨/١ ، كشاف القناع ١٣٧/٣ .

فإذا وجدت أحد هذه الخيارات أو بعضها غائبة يمنع من لزوم البيع في حق من له الخيار وكان له أن يقبل البيع ويمضيه أو يفسخه ويرده (٣٥) . .
وسنورد تفصيلا لهذا الموضوع ، وبيان لزوم عقد الاستصناع وعدمه ،
وبيان الخيارات فيه « العيب والرؤية » ان شاء الله .

المطلب الثاني : وجود شرطى الانعقاد والصحة في البيع :

فلو باع انسان جيفة بيعا عاريا من الخيارات . . فلا يكون لازما . .
ولوباع مالا مع جهالة الثمن . . لايلزم أيضا . . وللطرفين حق الفسخ (٣٦) .

الفرع الثالث : شروط صحة العقد :

وشروط صحة العقد هي ما يلي :

المطلب الأول : مايشمل كل الشروط السابقة للانعقاد (٣٧) لكونها تتداخل مع شروط الصحة ، فما لا ينعقد العقد بدونه لا يصح بدونه ضرورة . . اذ الصحة امر زائد على الانعقاد .

المطلب الثاني : أن يخلو العقد مما يلي (٣٨) فيما يلي :

١ — الجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع (٣٩) فيما يلي :

أ — جهالة المبيع جنسا أو نوعا أو قدرا بالنسبة للمشتري .

ب — جهالة الثمن (٤٠) . . فلا يصح بيع الشيء بمثل أو بما يستقر عليه السعر مثلا .

ج — جهالة الأجل (٤١) . كما في الثمن . . فيجب أن تكون المدة معلومة .

(٣٥) انظر البدائع ٢٩٨٧/٦ وما بعدها ، المهذب ٢٥٧/١ ، كشاف القناع ١٨٩/٣ ،
المغنى ٦/٤ .

(٣٦) شرح المجلة العدلية لحيدر م/٣٦١ .

(٣٧) انظر البدائع ٣٠٣٧/٦ وما بعدها ، شرح المجلة م/٣٦١ .

(٣٨) بداية المجتهد ١٤٨/٢ .

(٣٩) هناك جهالة يسيرة لا تؤدي الى النزاع ولا تزعزع استقرار العقد . . فهذه معنى منها عند أكثر الفقهاء .

(٤٠) البدائع ٣٠٥٣/٦ .

(٤١) نفس المصدر السابق ٣٠٣٩/٦ .

٢ — خلو العقد من الشروط الفاسدة : اشترط الفقهاء أن يخلو العقد من الشرط الفاسد .. وللفقهاء خلاف في تحديد الشرط الفاسد .. فبينما يرى الحنفية أن الشرط قد يكون مفسدا للعقد ، وقد يكون مبطلا له .. يرى غيرهم أن الشرط المفسد والمبطل بمعنى واحد .. وتحقيق هذا محلة كتب الأصول .

* وايا كانت تلك الشروط الفاسدة .. فإذا وجدت يكون البيع غير صحيح (٤٢) إذا لم يكن الشرع ورد به ، أو لم يكن من مقتضى العقد .

٣ — خلو العقد من الغرر : يشترط لصحة عقد البيع خلوه من الغرر (٤٣) .. والمراد به غرر الوصف كما لو باعه ناقة على أنها تحلب كذا رطلا .. غالبية فاسد لأن ذلك موهوم التحقق .. فغدر ينقص .. أما لو باعها على أنها حلوب من غير تحديد مقدار .. فإن البيع صحيح .

* الفرع الرابع : شروط النفاذ :

بعد أن ينعقد العقد وتتوفر فيه شروطه المذكورة سابقا .. قد يعرفه شيء آخر يجعله منعقدا .. إلا أنه موقوف على إجازة من له حق الإجازة .. لهذا اشترط الفقهاء شروطا لكي ينفذ العقد .. فغدر قال بهذا (٤٤) الحنفية ، والمالكية .. وفي رواية لأحمد وأحد القولين للشافعية .. واليك الشروط في هذا وهي :

المطلب الأول : الملك أو الولاية :

أما الملك .. فهو أن يكون المبيع مملوكا للبائع .. فلا ينفذ بيع الفضولى لانعدام الملك والولاية .. لكنه ينعقد (٤٥) موقوفا على إجازة المالك عند الحنفية ، والمالكية ، ورواية عند الحنابلة ، وقول عند الشافعية .

(٤٢) انظر البدائع ٣٠٧١/٧ ، بداية المجتهد ١٢٥/٢ وما بعدها ، المهذب ٢٦٨/١ ، المقنع ٢١٨/١ .

(٤٣) البدائع ٣٠٥٣/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٢٥/٢ وما بعدها ، ١٤٨/٢ ، مغنى المحتاج ١٦/٢ وما بعدها ، المغنى ٢٨/٤ وما بعدها ..

(٤٤) انظر البدائع ٣٠١٩/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٢/٢ المغنى ١٨/٤ مغنى المحتاج ١٥/٢ ،

(٤٥) انظر البدائع ٣٠١٩/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٢/٢ ، مغنى المحتاج ١٥/٢ ، المغنى والشرح الكبير ١٨/٤ .

المطلب الثانى : الا يكون فى المبيع حق لغير البائع :

فان كان فى المبيع حق لغير البائع .. فانه يكون منعقدا .. الا انه لاينفذ حتى يأذن من له الحق .. فلا يكون بيع المرهون ، وبيع المأجور نافذين ، فاذا ما أجازاه الراهن والمؤجر بصورة يتفقان عليها فيجوز عندئذ وينفذ البيع .. (٤٦)

وهناك تفصيل عند الشافعية والحنابلة والمالكية ليس مكانها هاهنا ، ويرجع اليها فى كتب الفروع (٤٧) .



(٤٦) انظر البدائع ٣٧٤٢/٨ .

(٤٧) بداية المجتهد ٢/٢٧٥ ، مغنى المحتاج ٢/١٤٣ ، المغنى والفرح الكبير ٢/٥١٢ .

* المبحث الثاني :

* الشروط الخاصة بالاستصناع :

* تمهيد :

بحث فقهاء الحنفية الشروط الخاصة بالاستصناع .. فتكلموا عن ثلاثة شروط هي :

١ - أن يكون المعقود عليه معلوما . أو بعبارة أخرى : شرط بيان الجنس ، النوع ، القدر . وكلامنا عن هذا الشرط يسبقه بيان رأى فقهاء الحنفية فى المعقود عليه هل هو العمل أم العين ؟ .

٢ - أن يكون الاستصناع مما يجرى به التعامل .. وهذا الشرط يركز عليه الاستصناع فى الجواز .. وسنتكلم عن التعامل ، والعرف .. قبل الكلام عن هذا الشرط .

٣ - ضرب الأجل فى الاستصناع : وسنبين خلاف الفقهاء فيه .. وبنفس الطريقة السابقة فى الشرطين .. سنتكلم عن معنى الأجل .. وهل له صلة بالسلم أم لا ؟ واقتسام الأجل عند الحنفية .. وماذا يقصد به اذا أطلق فى الاستصناع ؟

* الفرع الأول : يشترط فى المستصنع فيه أن يكون معلوما ..

وضع للاستصناع شرط واحد خاص بالمعقود عليه وهو أن يكون معلوما .. وقبل البحث فى شرط المعقود عليه هذا .. لابد من التكلم عن المعقود فى الاستصناع ما هو ؟ وما المراد منه ؟ .

المعقود عليه فى الاستصناع : الاستصناع يستلزم شيئين مهمين هما : « العين ، العمل » .. وهما مطلوبان من طرف واحد وهو الصانع .

فالعين وهى المادة الخام التى يراد العمل فيها وبها من قبل الصانع وفق المواصفات المطلوبة من المستصنع .. والعمل .. وهو الجهد الذى يبذله الصانع ، أو من يقوم مقامه .. لكى يصنع المطلوب منه وفق المواصفات التى يقدمها المستصنع له .. فمن هنا يبرز لنا أمر .. لابد من تحقيقه .. وهو حقيقة المعقود عليه .. أهو العمل أم العين :

اختلف فقهاء الحنفية في تعيين المعقود عليه وكان اختلافهم على رأيين هما :

الأول : العين هي المعقود عليه :

من الحنفية من قال بأن المعقود عليه هو العين .. وقال بهذا الرأي جمهور الحنفية ..

الثاني : العمل هو المعقود عليه :

وقال بهذا الرأي أبو سعيد البردعي .

*** الأدلة :**

*** أدلة الراي الأول القائل بأن المعقود عليه هو العين :**

استدل الجمهور من المعقول على النحو الآتي :

أولاً : قال جمهور الفقهاء أنه من المتفق عليه بيننا وبين من يعارضنا أنه لو استصنع رجل آخر في عين ، وسلمها له الصانع بعد أن استكمل كل ما يطلبه المستصنع سواء كانت الصنعة قد تمت بفعل الصانع أم بفعل غيره بعد العقد .. فإن العقد يلزم ، ولا ترد العين لصانعها .. إلا بخيار الرؤية .. فلو كان العقد وأردا على صنعة الصانع « أي عمله » لما صح العقد إذا تمت الصنعة بصنع غيره .. وهذا دليل على أن العقد يتوجه على العين لا على الصنعة .

*** قال السرخسي (٤٨) والأصح أن المعقود عليه المستصنع فيه « العين »** وذكر الصنعة « العمل » لبيان الوصف .. فإن المعقود هو المستصنع فيه .. ألا ترى أنه لو جاء به مفروغاً عنه من صنعه أو من صنعه قبل العقد فأخذه كان جائزاً ..

وجاء في فتح القدير وغيره (٤٩) : المعقود عليه العين دون العمل .

وقال الشرنبلالي (٥٠) : المبيع هو العين قول الجمهور وهو الأصح .

(٤٨) المبسوط ١٢/١٣٩ .

(٤٩) مفتح القدير ٥/٣٥٥ ، الدرر الحكام شرح فروع الأحكام ١٩٨/٢ .

(٥٠) حاشية الشرنبلالي على الدرر ١٩٨/٢ .

ثانيا : واستدل الجمهور من الحنفية بأن المتفق عليه أن الاستصناع يثبت فيه للمستصنع خيار الرؤية وخيار الرؤية لا يكون الا في بيع العين .. فدل ذلك على أن المبيع هو العين لا الصنعة .

نقل عن الامام محمد صاحب أبى حنيفة قوله (٥١) : اذا جاء به مفروغا عنه فللمستصنع الخيار لأنه اشترى شيئا لم يره .. وخيار الرؤية انما يثبت في بيع العين .. فعرغنا أن المبيع هو المستصنع فيه .

ادلة الراى الثانى : القائل بأن المعقود عليه هو العمل :

استدل لراى أبى سعيد البردعى القائل : بأن هذا العقد أشبه بالاجارة منه بالبيع وأنه عقد على العمل (٥٢) لا على العين .. استدل لهذا الراى بما يلى :

١ — عقد الاستصناع ينبىء عنه أنه عقد على العمل فلاستصناع طلب العمل لفة والاديم ، والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل (٥٢) .. فيكون اقرب للاجارة منه لعقد البيع (٥٤)

٢ — لو لم يكن عقد الاستصناع عقد عمل لما جاز أن يفرد بالتسمية فهو أشبه مايكون بعمل الصباغ (٥٥) .. اذ العين وهى الصبغ ، والعمل من عند الصباغ .. ومع هذا لا يعتبر عقد استصناع .. بل هو اجارة محضة .. وعقد الاستصناع أشبه بهذا .

*** المناقشة :**

وقد نوقش راى الجمهور (٥٦) بأنه لو كان كما قلتم : بأن الاستصناع يكون فيه المعقود عليه العين المصنوعة .. وهذا يكون اقرب للبيع لما بطل العقد بموت الصانع كما هو مجمع عليه عند الحنفية .

(٥١) البسوط ١٣٩/١٢ .

(٥٢) فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها ، الدرر شرح الغرر ١٩٨/٢ وما بعدها .

(٥٣) البسوط ١٣٩/١٢ .

(٥٤) فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها ، الدرر شرح الغرر ١٩٨/٢ وما بعدها .

(٥٥) نفس المصدر السابق .

(٥٦) فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

وقد رد جمهور الحنفية ما استدل به (٥٧) أبو سعيد البردعي .. من ان الاستصناع يبطل بموت الصانع وأنه لو كان بيعاً ما بطل بموت أحد المتعاقدين .. رد جمهور الحنفية ذلك فقالوا :

ان للاستصناع شبهة بالاجارة من حيث أن فيه طلب الصنع وهو العمل .. وله شبهة بالبيع من حيث أن المقصود فيه العين المستصنع .. فلشبهه بالاجارة قلنا أنه يبطل بموت أحد المتعاقدين .. ولشبهة بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس .. والاستحسان .. وأثبتنا فيه خيار الرؤية .. ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد .

فكل هذه الأمور .. يختص بها البيع لا الاجارة . وقال جمهور الحنفية أيضا : بأن قياس الاستصناع على عمل الصباغ في الثوب المصبوغ قياس مع الفارق ، وذلك لأن الصبغ أصل (٥٨) .. والصبغ آلتة فكان المقصود فيه العمل .. وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجر .. أما هنا : في الاستصناع فالأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعاً .. ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل أشبه الاجارة في حكم واحد لا غير (٥٩) .. وهو أنه يبطل العقد عند موت أحدهما « الصانع والمستصنع » وهذا لا يجعله اجارة بحتة .. بل هو بيع أخذ شبهة من عقد الاجارة .

الرأى الراجع :

ان الرأى الراجع عندي .. هو رأى جمهور فقهاء الحنفية القائل بأن المعقود عليه في الاستصناع هو « العين » وذلك لقوة أدلة الجمهور ، واستنتاجاتهم ، ومناقشتهم لأدلة القائل بأنه العمل .. وضعف أدلة هؤلاء تدلنا على رجحان رأى الجمهور أيضا .

ثم نرجع بعد هذا الكلام الى بيان الشرط الاول وهو ان يكون المعقود عليه في الاستصناع معلوم القدر والجنس والنوع والصفة .

اهتم فقهاء الحنفية بهذا الشرط (٦٠) فقدموه على كل الشروط مع أنه شرط ورد في كل عقد كما ذكرنا ذلك في شروط العقد العامة .

(٥٧) فتح القدير ٢٥٥/٥ وما بعدها .

(٥٨) الصنع أصل « أى عمل الصباغ في الفرشاة هو أصل في عمله »

(٥٩) فتح القدير ٢٥٦/٥ .

(٦٠) تحفة الفتاوى ٥٣٨/٢ . البدائع ٢٦٧٧/٦ .

قال السمرقندى (٦١) : لابد من بيان القدر وبيان الصفة والنوع ..
وأيده الكاسانى (٦٢) بقوله عن هذا الشرط فقال : ومنها بيان جنس
المصنوع ونوعه وقدره وصفته .. لأنه لا يصير معلوما بدونه .

أما بيان جنس المصنوع .. فيكون ببيان المطلوب صنعه هل هو مثلا
مائدة أم بندقية أم سيارة أم غير ذلك ، وبيان النوع والصنف والمادة وكل
ذلك منعا للالتباس والاشتباه . غنى التعاقد على صنع مائدة مثلا : لابد
من بيان نوعها هل هى من الخشب مثلا .. وهل تكون للطعام أم للكتابة ..
ولابد من بيان القدر من الطول والعرض والارتفاع .. والسماكة فى
الخشب .. وسماكة الأرجل مثلا .. الخ . من المقادير المطلوبة التى
تمنع الجهالة بالمستصنع فيه . ولابد من بيان صفة المطلوب صنعه كأن
يكون فى المائدة مثلا من خشب الساج ، أو الخشب الأبيض ، أو الأحمر ،
وصفة الصبغ الى آخره من الصفات .

وقد ضرب الفقهاء أمثلة عديدة لذلك بما كان يستصنع فى عهدهم ..
الا أن هذه الأمثلة ليست للحصر .. بل للتمثيل .

فمما ذكروه فى هذا المضمار قولهم : لو ارى المشتري رجله لخفاف .
فقال له اصنع لى زوجى حذاء من نوع الجلد الفلانى على أن يكون ذلك
الجلد منك بكذا دينارا وقبل البائع . أو تناول مع نجار على أن يصنع له
زورقا أو عربة أو سفينة وبين له طولها وعرضها .. أو كما تفعله الدول
النامية مع الدول الصناعية فى استصناع الآلات والمعدات .

* الفرع الثانى : أن يكون مما يجرى فيه التعامل :

ومن الشروط الخاصة بالاستصناع أن يكون مما يجرى فيه التعامل ..
وقبل البحث فى هذا الشرط .. لابد من كلمة عن مفهوم التعامل بين الناس :

* تمهيد :

أجاز فقهاء الحنفية الاستصناع للحاجة استحسانا وواضح أن كل
ماتدعو اليه حاجة هى مصلحة مطلوبة من قبل الشارع الحكيم . وذلك
ضمن مقاصد الشريعة . التى دعت للمحافظة عليها وهدفت الى تحقيقها

(٦١) تحفة الفقهاء ٢/٢٨٠ هـ .

(٦٢) البدائع ٦/٢٦٧٧ هـ .

لتسير الحياة وتنظيم .. فكل ما هو ضروري لحياة المجتمع البشرى أو حاجى .. دعا الشارع للحفاظ عليه .. وأمر بايجاده وعاقب على محاولة هدمه وتضييعه .. واعتبرت الحاجة عند الفقهاء مبدأ تحكم بها الأحكام الشرعية العامة .. فتكون مبررا للاستثناء اذا تعارض مانقضى به فى حالة من الحالات مع الحكم العام .. فيؤخذ بمقتضاها .. وهذه الحالات استثنائية فالأحكام الشرعية هى لرعاية مصالح الناس وقضاء حاجياتهم وتسهيل أمورهم فهى فى الواقع لاتتعارض مع مصالح الناس لكن قد يؤدى وضع المعايير الشرعية فى بعض الحالات الى تخلف الحكم الضرورى والحاجى .

وفى هذه الحالات يترك المعيار العام ويؤخذ بما تقضى به الضرورة والحاجة والأمثلة على ذلك كثيرة ومتعددة .

فالحكم العام .. يحرم أكل الميتة وشرب الخمر .. ولكن فى بعض الحالات يرخص للضرورة فى اتيان هذا المحرم .. فيباح أكل الميتة احياء للنفس عند اشتداد الجوع ، وعدم وجود المباح من الطعام واشراف النفس الجائعة على الهلاك .. (فمن اضطر غير باغ ولا عاد .. فلا اثم عليه .. ان الله غفور رحيم) (١٣) .. فمنع أكل اللحم غير المذكى هول حفظ النفس .. وهو أمر ضرورى .. لكن حينما يكون حفظ النفس بأكل هذا الممنوع فانه يترك المعيار العام ويباح ضده : وهو أكل الميتة وذلك عند اشراف النفس على الهلاك ، ومقاربتها له .. وكذلك العقود شرعت أساسا رفعا للخرج والمشقة عن المكلفين .. وتيسير وسائل التعامل بينهم .. فاذا أدت مشروعية هذه العقود على صفة مخصوصة الى لحوق المشقة فى بعض الصور لزم الرجوع الى ما تقضى به الحاجة كما فى السلم والاستصناع .. فكانت الحاجة وسيلة من وسائل الاستثناء والترخص ومن هنا .. كانت قاعدة « المشقة تجلب التيسير » ، وقاعدة « اذا ضاق الأمر اتسع » وقاعدة « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة او خاصة (١٤) » ..

وهنا يمكننا أن نقول أن تعريف الاستحسان يوحى بأننا يجب أن نسير فى الطريق الى نهايته فى اباحة عقد الاستصناع .. فقد عرف الاستحسان العلماء ومنهم السمعاني اذ يقول (١٥) : ان كان هو القول بما يستحسنه

(١٣) البقرة / ١٧٣ .

(١٤) انظر من قواعد الحاجة فى الاشياء والنظائر للسيوطى .. القاعدة الرابعة ص ٧٧ :

مطبعة الحلبي. ١٣٣٨ هـ نظرية الاباحة لسلام مذكور ص/ ٢٤٢ .

(١٥) ارشاد الفحول ص/ ٢٢٤ . ط أولى سنة ١٣٢٧ هـ م السعادة .

الناس ويشتهيهم من غير دليل فهو باطل .. ولا أحد يقول به .. وإن فسّر الاستحسان : بالعدول عن دليل الى دليل أقوى منه .. فهو مما لا ينكره أحد عليه .

والاستصناع في وقتنا الحاضر بعد أن أصبح أمرا عاما يشمل الهيئات والمؤسسات والأفراد ، وأصبح عمل الشركات الصناعية على هذا العقد .. بل والحكومات كذلك فعقود الاستصناع أصبحت لا تخص صنع الخفاف ولا الطشوت ولا القلنسوة .. فقط .. بل أصبحت تستعمل في تجهيز مكان العرس وأثاث المدرسة ومعدات الجيش .. الخ . لذلك كان على الفقهاء أن يعالجوا هذا التعامل بتكييف عقده حتى يكون العقد السائر بين الناس ملائما للشرع ومتفقا معه .. وذلك بتعديل العقد ووضع شروط له . ولا أعتقد أن ما قاله فقهاء الحنفية من أنه عقد بيع شرطت فيه الصناعة إلا تكييفنا سليما يمكن على هديه أن تسير معاملة المتعاقدين به قضاء وديانة .. ايجابا وقبولا نظاما وصنعة .

اذن .. لابد أن تحل طبقا لشروط هذا العقد التي وضحتها فقهاء الحنفية ما يحدث من منازعات وخلافات .. ولهذا أضع تصور فقهاء الحنفية لهذا العقد وعلى أى صورة كيفوه عندهم .

ان الأخذ بالعرف وهو : ما استقر في النفوس من جهة العقول السليمة وتلقته الطبائع السليمة بالقبول (٦٦) — عند الذين يعدونه دليلا مستقلا عن المصالح المرسله والاستحسان .. هو ترشيح للأخذ بمبدأى الضرورة والحاجة .. لأن تعامل الناس في مجموعهم لا يجنح اليه الا نحو ما تقضى حاجة الناس الى هذا الذى يتعاملون به مع ملاحظة أن يكون التعامل (٦٧) : غير معارض لنص من كتاب أو سنة ثابتة .. وأن يكون مطردا وغالبا أى أن تكون العادة كلية .. وأنه لا عبرة بعرف أو تعامل اذا كانا مخالفين لنص شرعى .. وأنه لا عبرة بالعرف الطارىء وأن لا يصرح المتعاقدان بما يخالف هذا العرف المحتكم اليه . فاذا صرحا بخلافه بما يوافق مقصود الشرع صح .

فالعرف يعم اذا لم يكن مخالفا لنص شرعى أو شرط لأحد المتعاقدين (٨٦) ..

-
- (٦٦) رسالة العرف لابن عابدين مع مجموعة الرسائل ١١٤/٢ — طبعة سنة ١٣٢٥ هـ .
(٦٧) العرف رالعادة لأبى سنة ص ٥٦ وما بعدها .
(٦٨) انظر المدخل للزرقاء ٨٧٣/٢ — ٨٨١ .

العرف والقياس :

العرف ليس مصدرا تشريعيا نستمد منه الأحكام .. لهذا لو تعارض العرف والقياس فما الذى يكون ؟

يرى بعض الفقهاء (٦٩) أن القياس يترك للعرف أن كان العرف عاما سواء أقره النبي صلى الله عليه وسلم أو عمل به من غير نكير من المجتهدين أو دعت اليه ضرورة الناس أو حاجاتهم .. لأن العرف حينئذ يكون أقوى حجة من القياس ورعايته هى رعاية لمصلحة لأنه أمانة الحاجة وهو من الاستحسان على اصطلاح الحنفية ..

فإنهم أطلقوه بمعنيين :

أحدهما : القياس الخفى فى مقابلة القياس الجلى المتبادر وجهه الى الانهزام .

ثانيهما : كل دليل يقابل القواعد العامة سواء كان نصا أو اجماعا أو ضرورة ومرادهم بالاجماع ما يشمل العمل الذى يرجع اليه بعض أنواع العرف بدليل تمثيلهم بالاستصناع .. كما أن مرادهم بالضرورة ما يشمل الحاجة .. وهذا الاطلاق أعم من الأول وهو اطلاق شائع فى الفروع .

* وبناء على ذلك .. فقد اضطرد العرف الآن وشاع بين جميع البلدان التعامل بالاستصناع خفايا كان المستصنع أو قدورا أو طائرات أو دبابات أو أجهزة علمية فيكون هذا العقد صحيحا له أحكام عقد البيع العامة ، وأحكام عقد الاستصناع الخاصة التى ذكرناها سابقا ولاحقا فى هذا البحث .. وذلك بناء على شيوع العرف وانتشاره وان كان ذلك فيه مخالفة للقياس لأنه بيع ما ليس بموجود .. فعقد الاستصناع عقد سليم من الوجهة الشرعية بالنسبة لما استجد فيه من أمور لم تكن متعارفة عند الفقهاء .. وعليه وبعد هذه الكلمة الموجزة انتقل الى بيان شرط التعامل فى الاستصناع .

أن يكون مما يجرى فيه التعامل : هذا الشرط اجمع عليه فقهاء الحنفية ويقوم عليه الاستصناع الجائز .. اذ أن الاستصناع كما بينا سابقا جائز استحسانا للتعامل الجارى عليه عند الناس منذ عصر النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا .

(٦٩) العرف والمادة لأبى سنة ١٠١ .

قال الكاسانى : فى معرض الكلام عن شروط عقد الاستصناع (٧٠) :

أن يكون مما يجرى فيه التعامل بين الناس من أوانى الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ولجم الحديد للدواب ونصول السيوف ، والسكاكين ، والقسي ، والنبل ، والسلاح كله والطشت ، والقمقم ونحو ذلك .

وجاء فى فتح القدير (٧١) : ولأنه يجوز فيما فيه تعامل . . وفى موضع آخر يقوم : ولا يجوز الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان ابقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع .

أما ابن عابدين (٧٢) : فقد عبر عن هذا بعد تأييده للبدايع بما أورد من شروط فقال : بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح .

أما صاحب الدرر . . فما أورده متفق جميعه مع ما أسلفنا للنصوص وغيره من الفقهاء جاؤوا بهذا ومثله (٧٣) .

من كل ماتقدم . . نرى أن فقهاء الحنفية مجمعون على أن التعامل شرط أساسى فى جواز الاستصناع . . لذا يعتبرون الاستصناع فاسدا حال فقدانه لهذا الشرط ولو اجتمعت فيه الشروط الأخرى . . وهذا مما يدلنا على أهميته .

مالا يجوز الاستصناع فيه :

جاء فى فتح القدير (٧٤) « وفيما لاتعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كأن يستصنع حائكا أو خياطا لينسج له أو يخطط قميصا بغزل نفسه » . . وعند الحنفية : أن هذا الاستصناع فاسد . . فيحمل على السلم أى أنه يجوز سلما لاستصناعا . . جاء فى الدرر (٧٥) شرح الغرر : فى معرض الكلام عن الاستصناع لم يصح أى الاستصناع غير المتعامل به فى الثوب

(٧٠) البدائع ٢٦٧٨/٦

(٧١) فتح القدير ٣٥٥/٥ ، ٣٥٦ .

(٧٢) حاشية ابن عابدين ٢٢٣/٥

(٧٣) الدرر شرح الغرر ١٩٨/٢

(٧٤) ٣٥٥/٥

(٧٥) ١٩٩٨/٢

الا بأجل فينتقل حكمه الى حكم السلم كما لو أمر حائكا أن ينسج له ثيابا بعزل من عنده بدراهم معلومة .

فما لا تعامل فيه يعتبر استصناعا فاسدا فيحمل على السلم الصحيح: فلا يجوز قياسا واستحسانا . . لأن القياس يأبى جواز الاستصناع المكتمل للشروط فكيف اذا فقدتها ؟ ولا يجوز استحسانا لأن الحنفية جوزوه ان كان فيما فيه تعامل استحسانا لهذا التعامل من لدن الرسول صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا . . والتعامل هو الداعى للجواز ففقدان هذا التعامل يمنع الجواز .

استصناع الآلات والمعدات :

بقى ان نعرف ان مآذره فقهاء الحنفية من بعض المواد الخام وبعض الآلات والحاجيات دون البعض انها هو من قبيل التمثيل فخط لا من قبيل الحصر . . وليس معنى هذا أن الأمور التي جدت أو تجد ويشيع التعامل بين الناس بها دون مصادمتها لنص شرعى يجوز التعاقد في مثلها . . والا أصاب الناس جهد شديد وحرج بالغ ومشقة لاتحتمل . . وهذا ما تأباه الشريعة الاسلامية وعقد الاستصناع ترك القياس فيه عملا بالاستحسان تخفيفا على الناس ورحمة بهم فمبدأ جوازه وسببه يوجبان (٧٦) عدم قصره على ما أورده فقهاء الحنفية من مواد وآلات . . فما ذكروه من الأوانى والخفاف والنعال ولجم الحديد وما شاكل ذلك يمكن أن يعتبر الاستصناع فيه جائز وفي غيره .

فهذا الذى تعومل به وغيره زادت عليه مجلة الأحكام العدلية أنواعا يجوز الاستصناع فيها لأنه متعامل به في وقت الدولة العثمانية : كالبندقية والسفن الحربية والتجارية . .

ويبنى على هذا كله . . انه يجوز ان يعتبر التعامل الحاصل الآن في الثياب والذى عده أكثر فقهاء الحنفية مما لايجوز التعامل به . . انه جائز الآن . . لأن التعامل به في عصرنا كثير . . فما ذكره اذن فقهاء الحنفية من انه : لايجوز الاستصناع في الثياب (٧٧) انها هو منع لما كان معهودا في

(٧٦) البدائع ٢٦٧٨/٦ ، فتح القدير ٣٥٤/٥ ، حاشية ابن عابدين ١٢٢/٥ ، المبسوط . ١٣٨/١٢
(٧٧) البدائع ٢٦٧٨/٦

عصرهم من عدم التعامل به فقد علل المانعون لهذا التعاقد بقولهم (٧٨) :
لأن القياس يأبى جوازه ، وإنما جوازه استحسانا لتعامل الناس ولا
تعامل في الثياب .

فعلى هذا يجوز التعامل في كل مادة وفي كل آله بشرط أن تنطبق عليه
أحكام هذا العقد مما ليس بممنوع شرعا وذلك لجواز التعاقد في الشريعة
الاسلامية مطلقا مما لم يرد فيه نص أو إجماع بالتحريم (٧٩) .

* الفرع الثالث : اشتراط ضرب الأجل :

* تمهيد :

هذا النقط يستدعى منا عدم الدخول في بيانه بصورة مباشرة .. اذ
لا بد من ذكر لمحة تهيئية عن مفهوم الأجل ، ونوعى الأجل ودخول
الأجل في السلم عند الحنفية .

مفهوم الأجل : الأجل في اللغة (٨٠) مدة الشيء ويقال فعلت ذلك من
أجلك بفتح الهمزة وكسرهما أى من جراك ، « استأجله فأجله » الى مدة ،
« الأجل » ، « الأجل » ضد العاجل والعاجلة .
فضرب الأجل معناه ضرب المدة .

أنواع الأجل : يقسم الحنفية الأجل الى قسمين هما :-

* **أولا : أجل للاستعجال** : ويقصدون به ضرب المدة القصيرة التي
لا يقصد بها التأخير .. وإنما يقصد بها الفراغ من عمل الشيء بأقرب
فرصة يراها .

قال صاحب العناية (٨١) : وعند الكلام عن ضرب الأجل في القسم
الثانى الذى سيأتى فيما بعد : « أما المذكور على سبيل الاستعجال بأن
قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد » قال فراغ منه غدا أو بعد غد .. دليل
على الاستعجال لا الامهال .

(٧٨) نفس المصدر السابق .

(٧٩) راجع بحثنا في الباب التهيئى من خيرة المكلف في انشاء العقود .

(٨٠) مختار الصحاح باب الهمزة .

(٨١) العناية مع فتح القدير ٣٥٦/٥

❖ **ثانيا : أجل للاستمهال :** وهذا الأجل هو المتصود به عند الكلام عن الأجل على إطلاقه .

قال صاحب العناية (٨٢) : وأما اذا ضرب الأجل فيما لاتعامل فيه .. فإنه يصير سلما بالاتفاق ، والمراد بضرب الأجل ما ذكره على سبيل الاستمهال « .. وبما أن السلم يقصد في مشروعيته التيسير على الأمة فجاز مع طول المدة التي قد تصل الى السنتين ، كما في الحديث الشريف المشهور عن ابن عباس — رضى الله عنه — السالف الذكر .. غضرب الأجل في السلم ليس للاستعجال .. بل للاستمهال .. فعندئذ نرجع الى قول الحنفية في هذه النقطة فنجد الهندوانى من الحنفية يقول : (٨٣) أن ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال .. فلا يصير به سلما .. وان كان من قبل الصانع فهو سلم .. لأنه يذكره على سبيل الاستمهال .. فقول الهندوانى « فهو سلم » : يقصد بذكره : الاستمهال وهو المدة الطويلة الموافقة لطول أجل السلم ولكى تفهم أجل السلم .. لابد من معرفة رأى الحنفية عن دخول الأجل في السلم :

دخول الأجل في السلم : أما دخول الأجل في السلم .. فقد اختلف فقهاء الحنفية في أدنى مدة الأجل في السلم الى مايلي (٨٤) :—

- ١ — قيل أدنى مدة هي شهر .. وهو رأى جمهور فقهاء الحنفية .
 - ٢ — قيل أدنى مدة هي ثلاثة أيام : وبه قال أحمد بن أبى عمران البغدادى استاذ الطحاوى وآخرين .
 - ٣ — قيل أدنى مدة هي نصف يوم فأكثر .. وبه قال أبو بكر الرازى .
 - ٤ — وقيل ان تقديره يرجع الى العلقدين (٨٥) وهو كل ما يمكن نحصيل المسلم فيه (٨٦) .
- الأدلة :**

١ — استدل أصحاب الراى الأول المقاتل : بأن أقل مدة في السلم هي شهر

١ — بما روى عن محمد أنه قدر بالشهر ثم قال تعليلا (٨٧) : ان الأجل انما

(٨٢) العناية مع فتح التقدير ٣٥٦/٥ .

(٨٣) فتح التقدير ٣٥٥/٥

(٨٤) نفس المصدر السابق ٣٣٦/٥

(٨٥) البدائع ٣١٧٥/٧

(٨٦) فتح التقدير ٣٣٦/٥

(٨٧) البدائع ٣١٧٥/٧

شرط في السلم ترفيها وتيسيرا على المسلم اليه ليتمكن من الاكتساب في المدة .. والشهر مدة معتبرة يمكن غيها الاكتساب فيتحقق معنى الترفيه .. فأما مادونه ففي حد القلة .. فكان له حكم الطول . وفي هذا المعنى ذكر في فتح القدير (٨٨) : من أن الشهر أدنى الآجل وأقصى العاجل .
ب - ما ذكره صاحب العناية فيمن حلف ليقض دينه عاجلا فغضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه .. فكان مادون الشهر في حكم العاجل، والشهر وما فوقه آجل .. وهذا موجود في باب الإيمان .

٢ - دليل الفريق الثاني القائل بأن أقل مدة هي ثلاثة أيام : استدل الفريق الثاني بأنه لما كان خيار الشرط مدته ثلاثة أيام .. فيكون الآجل هو كذلك (٨٩) كأقل مدة تعتبر أجلا .. فقيس (٩٠) هذا على خيار الشرط .. لأن مدته هي أقل مدة مقدرة ثرعا ..

مناقشة هذا الدليل :

ناقش هذا الدليل .. كل من صاحب البدائع وصاحب العناية فقالا : أن هذا القياس غير سديد .. لأن أقل مدة الخيار ليس بمقدر .. والثلاثة أكثر مدة على أصل أبي حنيفة .. فلا يستقيم القياس (٩١) .

٣ - دليل الفريق الثالث القائل بأن أقل مدة هي نصف يوم فأكثر : استدلوا (٩٢) : بأن المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس . ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم .

٤ - دليل الفريق الرابع القائل بأن مدة الآجل يرجع فيها الى العرف والعادة : استدلوا بخولهم (٩٣) .. أنه ينظر الى مقدار السلم فيه والى عرف الناس في تأجيل مثله .. كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الايضاح : فان قدرا نصف يوم جاز .

(٨٩) فتح القدير ٣٣٦/٥

(٩٠) البدائع ٢١٧٥/٧

(٩١) فتح القدير ٣٣٦/٥ ، البدائع ٢١٧٥/٧

(٩٢) العناية مع فتح القدير ٢١٧٥/٥

(٩٣) نفس المصدر السابق .

* هذه لمحة عن الأجل في السلم لنصل على ضوءها الى معرفة متى يكون الأجل أجل سلم عند الحنفية ومتى لا يكون وذلك لازم لمعرفة ما يذكر من تأجيل تسليم المستصنع في بعض الحالات اهو أجل سلم عند الحنفية أم لا ؟ .

* رأينا :

مما سبق يظهر لى أن رأى الفريق الأول القائل بأن اقل مدة في السلم هى شهر وذلك لأن المدة المحددة بزمان معين هى مدة قاطعة لأى نزاع فى الأجل سواء بالنسبة لتسليم المسلم فيه أو بالنسبة لأى شئ آخر . وأن المدة المقررة بشهر هى مدة فى غاية الاعتدال لاجفاف فيها على البائع أو على المشتري .. ولناقشة ادلة الآخرين وضعفها يتبين رجحان رأى الفريق الأول — والله أعلم — .

المراد بالأجل المذكور فى الاستصناع :

يرى أبو حنيفة أنه لصحة هذا العقد خلوه عن الأجل .. فاذا ذكر الأجل فى الاستصناع فقيم يفسر ؟ هذا مانرى ضرورة بيانه هنا .. فنرى أن الحنفية يريدون بالأجل عند اطلاقه الأجل الذى ذكر سابقا فى السلم .. والراجع عند الحنفية شهر ... فالشهر يعتبر اقل أجل السلم .. فعلى هذا اذا تكلم فقهاء الحنفية فى الاستصناع عن ضرب الأجل كشرط فيه أم غير شرط .. فيراد به الشهر فما فوق .

جاء فى العناية (٩٤) : والمراد بضرب الأجل ما ذكره على سبيل الاستمهال .. وقد شرحنا مسألة الاستمهال فى الأجل سابقا .. فارجع اليها لتجد أن المقصود به أجل السلم .. والا فان كان اقل من ذلك فهو لايقصد به الأجل على اطلاقه .. قال فى العناية (٩٥) : أما المذكور على سبيل الاستعجال بأن قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد لا يصيره سلما .. لأن ذكره للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم .. فمعنى هذا عندهم اليوم أو اليومين ليست أجلا .

(٩٤) العناية مع فتح القدير ٣٥٦/٥ .

(٩٥) نفس المصدر السابق .

✽ ضرب الأجل في الاستصناع :

نرجع هنا الى شرطنا الثالث من شروط عقد الاستصناع الخاصة
الا وهو ضرب الأجل في الاستصناع .. فنقول :

لما دخول الأجل في الاستصناع عند وجود شرط التعامل فيه . فقد
اختلف فقهاء الحنفية فيه الى مايلي :

١ — فعند أبي حنيفة : يشترط الا يكون هناك اجل يضرب في الاستصناع .
وذلك لكي يستكمل عقد الاستصناع شروطه الصحيحة .. وعنده أن ضرب
الأجل صار بلما .. فعندئذ تطبق عليه شروط السلم المعروفة كقبض
البذل في المجلس مثلا .

✽ الأدلة : استدلل أبو حنيفة بالمعقول (٩٦) على عدم ضرب الأجل في
الاستصناع فيمايلي : —

١ — أن السلم عقد على مبيع في الذمة مؤجلا .. فاذا ما ضرب في
الاستصناع أجلا أتى بمعنى السلم (٩٧) .. ولو كانت الصيغة استصناعا ..
فعنده يجوز أن ينعقد البيع بلفظ التمليك ، وكذلك الاجارة والنكاح .

✽ قال السرخسي (٩٨) : وعند الكلام عن ضرب الأجل : أن المعتبر
ماهو المقصود وبه يختلف العقد .. لاعتبار اللفظ ، ألا ترى أنه لو قال
ملكك هذا العين بعشرة دراهم كان بيعا ولو قال بسكنى هذا الدار شهرا
كانت اجارة فعرغنا أن المعتبر ماهو المقصود .

٢ — أن التأجيل يختص بالديون لأنه وضع لتأخير المطالبة .. وتأخير
المطالبة (٩٩) انما يكون في عقد فيه مطالبة .. وليس ذلك الا السلم ..
اذ لا دين في الاستصناع .. ويؤيد هذا ماورد في المبسوط (١٠٠) أن
أبو حنيفة يقول : هذا مبيع دين ، والمبيع الدين لا يكون الا سلما .. كما لو
ذكر لفظة السلم . وبيان ماذكرنا أن المستصنع فيه مبيع .. والأجل لا يثبت
الا في الديون . فلما ثبت فيه الأجل عرغنا أنه مبيع دين .

(٩٦) البدائع ٢٦٧٩/٦ .

(٩٧) تحفة الفقهاء ٥٣٩/٢ .

(٩٨) ، (٩٩) ،

توجيه السرخسى لدليل أبى حنيفة السابق :

وقد وجه السرخسى الدليل الأول (١٠١) بأن الأجل اذا ضرب انها يقصد به الامهال وتأخير المطالبة .. وتأخير المطالبة لا تكون الا فى عقد لازم .. واللزوم فى السلم لافى الاستصناع . ونحن عرفنا أن الاستصناع جائز غير لازم .. فاذا ذكر كان ذكره دليلا على ارادة السلم فينعقد لذلك مسلما .

٣ - يخاطب أخيرا أبو حنيفة المخالفين : عن شيء اتفقوا جميعا عليه فى الاستصناع وهو خيار الامتناع عن العمل .. الذى هو مشروع للصانع قبل العمل . فيقول أبو حنيفة عن هذا (١٠٢) : الا ترى أن لكل واحد منهما خيار الامتناع عن العمل قبل العمل بالاتفاق .. فلو اشترطا الأجل للزم الصانع عدم الامتناع عن العمل قبل العمل لوجود الأجل المضروب بينهما فعدم وجود الأجل يحق للصانع خيار الامتناع عن العمل ويسوغ له ذلك بكل سهولة .

* توجيه السرخسى للدليل :

قال السرخسى (١٠٢) أن الأجل مؤخر للمطالبة ويكون ذلك بعد لزوم العقد واللزوم فى السلم دون الاستصناع .. فثبتت الأجل فيه دليل على أنه سلم وذكر الصنعة لبيان وصف السلم فيه .. ولهذا لو جاء به مفروغا لامن صنعته يجبر على القبول .. وبهذا تبين قساد قولهم : أنه سلم شرط فيه صنعة صانع بعينه .

* توضيح رأى أبى حنيفة السابق :

ولتوضيح رأى أبى حنيفة ننقل ما جاء فى العناية (١٠٤) حيث ورد فيها : ولأبى حنيفة أنه دين يحتمل السلم وتقريره : لانسلم أن اللفظ محكم فى الاستصناع ، فان ذكر الأجل أدخله فى حيز الاحتمال ، واذا كان محتبلا للأمرين كان حمله على السلم أولى ، لأن .. جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه ، وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة .. « يريد به أن فى فعل الصحابة فى تعاملهم الاستصناع شبهة » .. ولأن السلم ثابت بأية المداينة والسنة دون الاستصناع .. فكان الحمل على السلم أولى .

(١٠١) ، (٢) المبسوط للسرخسى ١٤٠/١٢ .

(١٠٢) البدائع ٢٦٧٦/٦ .

(١٠٤) العناية مع فتح القدير ٢٥٧/٥ .

* خلاصة رأى أبى حنيفة :

وخلاصة رأى أبى حنيفة : أن عدم ضرب الأجل شرط عنده لصحة عقد الاستصناع والا اذا كان الأجل المقصود به ليس التأجيل .. بل الاستعجال .. فضرره لا يضر العقد .. وقد بيناه مفصلا سابقا .. فعلى هذا لو ضربت مدة اقل من الشهر فلا يعتبر أجلا فيكون استصناعا على حاله .. وان ترك أمر المدة بدون ذكر أصلا فهو استصناع مع وجوب توافر الشروط الأخرى .

٢ - رأى الصاحبين في اشتراط الأجل :

اختلف الصاحبان « أبو يوسف ومحمد » مع أبى حنيفة في موضوع ضرب الأجل في الاستصناع .. فعندهما ضرب الأجل في الاستصناع وعدم ضربه سواء .. بمعنى أن الاستصناع صحيح شريطة أن يكون مما يجرى فيه التعامل بين الناس .

* فان لم يكن متعاملا به بين الناس فهو سلم عند الجميع (١٠٥) ..
وفيما يلي نصوص كتب المذهب في هذا الموضوع (١٠٦) :

* قال أبو يوسف ، ومحمد : ضرب الأجل في الاستصناع ليس بشرط وهو استصناع على كل حال .. ضرب فيه أجلا لم يضر .. ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع كالثياب ونحوها أجلا ينقلب سلها في قولهم جميعا .

جاء في المبسوط عند الكلام عن ضرب الأجل (١٠٧) : وهو عند أبى يوسف ومحمد استصناع أن ضرب لذلك أجلا .. وكانت تلك الصناعة معروفة ، فهو استصناع على حاله .

الأدلة :

استدل الصاحبان بالأدلة التالية : —

(١٠٥) ، (١٠٦) البدائع ٢٦٧٩/٦ ، الهداية مع فتح القدير ٣٥٦/٥ ، تحفة الفقهاء ٤٩/٢ هـ
الفتاوى الغياثية ص ١٥١ ، الدرر الحكام شرح الفهر ١٩٧/٢
(١٠٧) ١٣٩/١٢ ■

أولاً : العادة والعرف الجاريان في الاستصناع .. فعندهما (١٠٨) أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع .. والاستصناع انما جاز للتعامل .. ومن التعامل بين الناس رأى صاحبان أن الاستصناع قد تعورف فيه على ضرب الأجل .. فلا يتحول الى السلم بوجود الأجل .

ثانياً : أن الاستصناع اذا أريد : فانه يحمل على حقيقته (١٠٩) .. فان تلفظ بالعقد على أن المتعاقدان يتعاقدان على الاستصناع فيحافظ على مقتضاه .. واذا كان كذلك فالأجل يحمل على الاستعجال .. لا الاستمهال .. وبهذا استطاع صاحبان أن يخلصا من الوقوع في الخلاف مع أبى حنيفة في هذا الدليل

* تأييد رأى أبى حنيفة :

قال بعض الفقهاء (١١٠) أننا لا نسلم أن اللفظ محكم في الاستصناع فان ذكر الأجل أدخله في حيز الاحتمال .. واذا كان محتملاً للأمريين كان حمله على السلم أولى . لأن جواز السلم بالاجماع بلا شبهة فيه .. وفي تعاملهم في الاستصناع نوع شبهة « أى في فعل الصحابة للتعامل في الاستصناع شبهة » .. ولأن السلم ثابت بآية المداينة (١١١) والسنة (١١٢) .. دون الاستصناع . .

ثالثاً : وما استدلل به صاحبان على رأيهما القائل : أن ضرب الأجل في الاستصناع لا يحوله الى سلم .. انه قد يقصد بضرب الأجل (١٠٣) . تأخير المطالبة وقد يقصد به تعجيل العمل .

(١٠٨) البدائع ٢٦٧٩/٦ .

(١٠٩) الدرر الحكام شرح غرر الأحكام ١٩٨/٢ ، ابن عابدين في الحاشية ٢٢٣/٥

(١١٠) العناية مع فتح التدير ٣٥٦/٥ ، ٣٥٧ ، حاشية ابن عابدين ٢٢٤/٥

(١١١) يقصد بقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا اذا تدانيتهم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه) الآية .

(١١٢) يقصد به : ما روى عن ابن عباس في الحديث المشهور عن السلف وغيره .

(١١٣) البدائع ٢٦٧٩/٦ وما بعدها .

وإذا كان ضرب الأجل محتملا لهذين الأمرين وحمله على أحدهما دون الآخر لا بد من مرجح فسقط اعتبار أن الأجل أجل سلم فلا يخرج ضرب الأجل العقد عن موضوعه (وهو الاستصناع) مع الشك والاحتمال بخلاف مآلو كان العقد في شيء لا يحتمل الاستصناع . لأن ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل .

فتعين أن يكون ضرب الأجل بتأخير المطالبة بالدين وذلك بالسلم فلا يقاس الاستصناع في شيء يحتمل الاستصناع على ما لا يصح فيه الاستصناع في أن ضرب الأجل يحوله إلى سلم مثله . وذلك للفارق المذكور .

توجيه لرأى الصاحبين :

قال السرخسي (١١٤) : لو كان الاستصناع بذكر الأجل فيه يصير سلما لصار السلم بحذف الأجل منه استصناعا ولو كان هذا (الاستصناع) سلما لكان سلما فاسدا لأنه يشترط فيه صنعة صانع بعينه وذلك مفسد للسلم .

مناقشة : جاء في المبسوط أيضا مناقشة لهذا الدليل مفادها (١١٥) : أن ما قال به الصاحبان من أن السلم بحذف الأجل لا يصير استصناعا . . يشكل بالمتعة فإنه لا يصير نكاحا بحذف المدة عنه . . وهذا قياس على المتعة أريد به تفنيد رأى الصاحبين وزاد عليه السرخسي بقوله (١١٦) : ثم النكاح مذكر المدة فيه يصير متعة . . وكأنه يقول فإن الاستصناع بذكر الأجل يصير سلما عند أبي حنيفة كما في النكاح عندما تذكر المدة فيه يصير متعة ومثل له السرخسي بمن تزوج امرأة شهرا (١١٧) . . والشهر فما غوق عند الحنفية يعتبر أجلا . . فعلى هذا جىء بالمثّل على نفس واقع الأمر فكانت هذه المناقشة جديرة بالاهتمام .

رأينا :

ظهر من خلال النظر في رأى أبى حنيفة والصاحبين أن رأى الصاحبين

(١١٤) المبسوط ١٢/١٣٩ .

(١١٥) نفس المصدر السابق .

(١١٦) نفس المصدر السابق ١٢/١٤٠ .

(١١٧) نفس المصدر السابق .

هو الراجح عندى لقوة أدلتها أولا ولأن التأجيل اذا دخل العقد لا يحوله الى الالتزام فانه لا يضر فيكون بعيدا عن السلم من هذه الوجهة .

راى آخر :

هناك راى آخر حول ضرب الأجل فى الاستصناع فقد نقل لنا راى الهندوانى (١١٨) . . اذ يقول : ان كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولا يصير به سلما (١١٩) .

ملخص مسائل التعامل والأجل السابقة الذكر :

يحسن بنا اتما للبحث فى هذا الموضوع الهام فى نظرى ، والذي ان كنا قد أصبنا فيه وجه الحقيقة بتوفيق من الله . . ان نذكر تلخيصا لشارح المجلة العدلية (١٢٠) اسجله فيما يلى :

١ — اذا لم تبين المدة فى الأشياء التى جرى التعامل باستصناعها . . فالعقد عقد استصناع بالاجماع .

٢ — اذا كانت المدة المبينة اقل من شهر أى لم تبلغ المدة التى يصح بها السلم والأشياء مما جرى التعامل به على الاستصناع فهو كذلك عقد استصناع بالاجماع .

٣ — اذا كانت المدة المبينة فى الأشياء التى تستصنع عادة شهرا او أكثر من شهر فهو عقد استصناع عند الصاحبين . وعقد سلم عند أبى حنيفة .

٤ — اذا كانت المدة لأقل من شهر أى للأجل الذى يصح به السلم ، والأشياء مما لم تستصنع عادة فهو سلم بالاجماع .

٥ — اذا لم تبين المدة فى الأشياء التى لم يجر التعامل بها على وجه الاستصناع فظاهر المجلة أنه عقد استصناع . والحق أنه عقد فاسد كما صرح به الكتب الفقهية .

(١١٨) نفس المصدر السابق .

(١١٩) أورد داود الخطيب فى الفتاوى الغياثية ص ١٥١ نقلا عن الفقيه أبى جعفر هذا

الرواى وقال : وهذا كله على قول أبى حنيفة . انظر المبسوط ١٢٠/١٢ .

(١٢٠) دررر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٥٨/١ .

*** تنبيه :**

هناك شرطان وضعتهما المجلة العدلية (١٢١) للاستصناع هما :

الأول : أن تكون المادة من الصانع ..

الثاني : أن يكون العمل من الصانع ..

* فهذان الشرطان يذكران عند فقهاء الحنفية ضمن الكلام عن صورة الاستصناع (١٢٢) ، ولعدم وجود تفصيل لهذين الشرطين أردت التنويه عليهما ليكونا محل نظر إذ أن هذين الأمرين هما : النقطة التي يفترق بها الاستصناع عن الاجارة على الصنع والبيع المطلق .



(١٢١) ن.م.٠

(١٢٢) أنظر فتح القدير ٣٥٤/٥ ، البدائع ٢٦٧٧/٦ .

* المبحث الثالث :

* شروط الاستصناع في النظام الوضعي :

تمهيد :

لما كان الاستصناع يدخل ضمن المقاولة في النظام الوضعي فسأتكلم عن شروط المقاولة الخاصة بها في هذا المبحث .

عند كلامنا عن مقومات عقد المقاولة سابقا قلنا بأن أركانها ثلاث :

* التراضي . * المحل . * السبب .

وهنا سنعطى فكرة موجزة عن شروط هذه الأركان . وقلنا بأن السبب محل البحث فيه ليس :

١ - شروط التراضي : أن شروط التراضي في عقد المقاولة على نوعين (١٢٣):
أولا : شروط الانعقاد في التراضي ثانيا : شروط الصحة في التراضي .
واليك بيان هذين الشرطين موجزا .

أولا : شروط الانعقاد في التراضي : وتكون على الوجه التالي :

توافق الإيجاب والقبول . . فيجب لانعقاد المقاولة أن يتطابق الإيجاب والقبول على عناصرها . . فيتم التراضي بين رب العمل والمقاول على ماهية العقد والعمل الذي يؤديه المقاول لرب العمل . . والأجر الذي يتقاضاه .

* التصميم والمقايضة ودفتر الشروط : ويكون عقد المقاولة مصحوبا بالتصميم الذي يجري على مقتضاه العمل ، المقايضة : وهي بيان للأعمال والمواد المستعملة والأجرة . . . الخ . ودفتر الشروط : أي شروط المقاولة بالتفصيل .

ثانيا : شروط الصحة في التراضي : وتكون على الوجه التالي :

الأهلية والسلامة من عيوب الإرادة : فيجب في المقاولة ما يجب في كل عقد من توافر الأهلية النواجبة وسلامة التراضي من عيوب الإرادة . . فان

(١٢٣) الوسيط ٢٧/٢ .

كان التراضي صادرا من ناقص الأهلية أو كان معيبا بعيب من عيوب الإرادة كانت المفاوضة قابلة للإبطال .

٢ - شروط المحل :

المحل في عقد المفاوضة مزدوج ويمكن القول من انه على نوعين « الأجر ، العمل » . لذا . . يجب بيان مايلي :-

اولا : الشروط الواجب توافرها في العمل : وهى طبقا للقواعد العامة تكون على الوجه الآتى :-

- ١ - أن يكون العمل ممكنا .
- ٢ - أن يكون العمل معينا . او قابلا للتعين .
- ٣ - أن يكون العمل مشروعاً .

ثانيا : الشروط الواجب توافرها في الأجر : وهى طبقا للقواعد العامة أيضا تكون على الوجه الآتى :-

جاء في مصادر الحق (١٢٤) . . أن الإيجاب والقبول يفرضان بداهة وجود المحل وأما السبب فانه يمكن القول بخصوصه بأن الفقه الإسلامى يعرف في بعض مذاهبه نظرية السبب .

ثم ان شرائط الانعقاد العامة في العقد موافقة القبول للإيجاب ، واتحاد المجلس . . وفي العاقد : العقل والتعدد ، وفي المعقود عليه : أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعين وصالحا للتعامل .
غالركان والشرائط في الفقهاء واحدة مع اختلاف يسير في التعبير .



(١٢٤) مصادر الحق للشهوى ٢٦٢/٤ ، ٢٦٣ .

الباب الخامس عقد الاستصناع بين اللزوم وعدمه

* * *

الفصل الأول : مكانة عقد الاستصناع من العقود المسماة .

الفصل الثانى : تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه .
عند أصحاب الاتجاه الأول ، ومثلة الاستصناع منها .

الفصل الثالث : المراحل التى يمر بها الاستصناع وحكم كل مرحلة
من جهة اللزوم وعدمه عند أصحاب الاتجاه الأول .

الفصل الرابع : الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته .

الفصل الخامس : آثار عقد الاستصناع .

الفصل السادس : لزوم عقد الاستصناع أو عدم لزومه فى النظام الوضعى

* الفصل الأول : موقف عقد الاستصناع من العقود المسماة :

تمهيد : عقد الاستصناع من العقود المسماة التي اعتبرها فقهاء الحنفية من أنواع البيع ولكنها تختلف عنه .. غالبية عندهم عقد لازم ، أما الاستصناع فلم يكن هكذا عقدا لازما على إطلاقه ، أو على الأقل لم يسلم من اختلاف فقهاء الحنفية أنفسهم حوله وما قيل بأنه عقد غير لازم (١) مطلقا غير صحيح .. لذا سنتكلم في هذا البحث في صفته هل هو لازم أم لا؟ وقبل الخوض في هذا البحث يحسن الكلام عما يلي :-

١ - مفهوم اللزوم في اللغة وفي الاصطلاح .

٢ - موقف القانون الوضعي من اللزوم والالتزام .

* واليك بيان هذين الأمرين :-

١ - مفهوم اللزوم في اللغة والاصطلاح :

١ - اللزوم في اللغة : جاء في المصباح المنير (٢) : لزم الشيء لزوما ثبت ودام . ويتعدى بالهمزة فيقال ألزمته : أى أثبتته وأدبته .. ولزمه المال : وجب عليه . ولزمه الطلاق : وجب حكه وهو قطع الزوجية .. وألزمته المال والعمل وغيره فالتزمه .

ب - اللزوم في اصطلاح الفقهاء : عرفنا بأن اللزوم مادته لزم ، ويتعدى بالهمزة فيكون الزاما .. إلا أن الفقهاء يفرقون بين الالتزام الذي هو بمعنى الثبوت والوجوب والالتزام : الذي هو بمعنى إرادة شغل الذمة بشيء اختيارا وفق إرادته ..

ويظهر هذا عند تعرض الفقهاء لتعريف الذمة والتفرقة بينها وبين الأهلية . غنى الأشباه والنظائر (٣) : أن الذمة أمر شرعى مقدر في المحل يقبل الالتزام والالتزام .

(١) تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ .

(٢) المصباح المنير : لأحمد المقرئ القيومي ٢١٥/٢ .

(٣) حاشية الحوى على الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢١١/٢ سنة الطبع ١٢٩٠ هـ .

وفي قواعد الأحكام لابن عبد السلام(٤) : ان الذمم هي تقدير الانسان يصلح للالتزام والالزام من غير تحقق له .

وفي كشف القناع (٥) : الذمة وصف يصير المكلف اهلا للالتزام والالتزام .

وفي الفروق للقرافي (٦) : العبارة الكاشفة عن الذمة أنها معنى شرعى مقدر في المكلف ، قابل للالتزام واللزوم . . وهذا المعنى جعله الشرع سببا على اشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشد . . فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب المشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل الزامه ارش الجنايات ، وأجر الاجارات واثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات . . ويقبل التزامه اذا التزم اشياء اختيارا من قبل نفسه لزمه .

* خلاصة ما تقدم :

اللزوم أمر يقرره المشرع اذا توفرت شروط معينة في التصرف وهو بذلك يختلف عن الالتزام : فهذا الأخير يقرره الشخص باختياره ابتداءً وأثره المباشر شغل ذمته بأمر (٧) .

٢ — موقف القانون الوضعي من اللزوم والالتزام :

الالتزام في النظام الوضعي : هو (٨) التعبير الذي يجمع سائر ما يلزم الشارع به الانسان ويندرج تحت ذلك ما ينشأ عن النظام والعمل المشروع ، والعمل غير المشروع من الزامات . . وليس الضمان الا صورة من صور الالتزام .

أما تعبير الالتزام : فهو التعبير الذي يجمع ما يوجب الشخص على نفسه باختياره من الأمور الجائزة نظاما . . فمن يشتري يلتزم بالوغاء بثمنه وهذا أمر يتم بإرادته . . لكن من يصدّم شخصا بعريته يلتزم بتعويضه كما يدعى الفقه الغربى وانما هو « يلزم » بالتعويض . . لأن الالتزام ينشأ بالارادة ، والالتزام ينشأ جبرا عن الارادة من السلطة الحاكمة .

(٤) قواعد الاحكام لابن عبد السلام ١٠٦/٢

(٥) كشف القناع للبهوتي ١١٧/٢ . سنة الطبع ١٣٥٩ هـ

(٦) الفروق للقرافي ٢/٢ فرق ١٨٢ (ص ٢٢١)

(٧) نظرية الالتزام للعطار ص ١٨

(٨) نفس المصدر السابق .

* الفصل الثانى : تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه :

تمهيد :

قبل الدخول فى معرفة ما اذا كان الاستصناع عقدا لازما أو غير لازم لابد من بيان أقسام العقود فى الشريعة الاسلامية من حيث اللزوم وعدمه .
* أقسام العقود : تقسم العقود الى أربعة أقسام بالنسبة الى اللزوم وعدمه : وهى :

١ — العقود اللازمة بحق الطرفين والتي لا تقبل الفسخ بطريق الإقالة ..

ومثال ذلك : عقد الزواج .. فانه لا يرتفع بالتقابل أى « انه لا يقبل الإلغاء الاتفاقى ولكنه يقبل الانهاء بطرق شرعية مخصوصة كالتطليق والخلع وما الى ذلك .

٢ — العقود اللازمة بحق الطرفين .. والتي تقبل الفسخ والالغاء بطريق الإقالة أى « باتفاق المتعاقدين كالبيع والصلح » .

٣ — العقود اللازمة بحق أحد الطرفين فقط : كالرهن والكفالة .. فانهما لازمان بالنسبة الى الراهن والكفيل .. وغير لازمة بالنسبة الى الى الدائن المرتهن والمكفول له .. لأنهما لمصلحته الشخصية توثيقا لحقه .. فله حق التخلّى عن توثيق دينه متى شاء بفسخ الرهن والكفالة .

٤ — عقود غير لازمة : قام الزرقا (١) بدراسة أنواع هذه العقود فقال عنها مجملا . بأن عدم اللزوم ولو فى بعض الأحوال صفة ثابتة لها . وهى تسعة عقود نقسمها الى ثلاثة أنواع بحسب كون عدم اللزوم فيها مطلقا أو مقيدا .. وكونه أصيلا أو استثنائيا وهذه الأنواع هى :

* **النوع الأول :** عقود غير لازمة فى حق كلا الطرفين وهى ثلاثة : الاعارة ، والشركة ، والمضاربة .

فالمضاربة مثلا يحق فيها الفسخ والتصفية لكل من الشريكين الحق فى ذلك متى شاء على أن يعلم الشريك الآخر .. فلا يسرى حكم الفسخ الا من تاريخ علمه .

(١) المدخل المتبى للزرقا ١/٤٤٨

✳ **النوع الثاني :** عقود الأصل فيها عدم اللزوم .. ولكنها تلزم في بعض الأحوال وجملة عقود هذا النوع أربعة : « الوكالة ، التحكيم ، الوصية ، الهبة » ..

ويقال عن التحكيم : هو أن يحتكم طرفان مختصمان الى شخص يختارانه برضاها ليعود حاكما بينهما في دعواهما بدلا من القاضي فكل واحد من الطرفين له أن يفسخ عقد التحكيم، ويعزل المحكم قبل أن يحكم .. أما بعد صدور الحكم منه فلا .. بل يصبح التحكيم لازما .

✳ **النوع الثالث :** عقود الأصل فيها اللزوم ولكن في طبيعتها شيئا من عدم اللزوم في ظروف محدودة .. وهذا النوع عكس النوع الثاني ، وجملة عقود اثنان : هما : الاجارة ، والمزارعة (٢) ..

والمزارعة نوع شركة على استثمار الأرض بالزرع .. تكون فيها الأرض من طرف والعمل من طرف آخر .. فيجوز للطرف الذي عليه تقديم البذر أن يعدل عن المزارعة ويفسخ عقدها .. ولكن ذلك قبل القاء البذر في الأرض .. أما بعد القاء البذر في الأرض .. فإن المزارعة تصبح لازمة حتى في حق صاحب البذر (٣) .

موقف عقد الاستصناع من هذه الأنواع :

أما عقد الاستصناع فقد وضعه الزرقا (٤) في مكان مستقل عن العقود غير اللازمة .. فقال عنه : وهناك عقد عاشر نفرد به بالذكر في هذه المناسبة كان يعتبر في أصل المذهب الحنفى غير لازم ، فأصبح لدينا بمقتضى نصوص المجلة لازما (٥) .

فالاستصناع وهو « شراء ماسيصنع بطريق التوصية » يجوز فيه لكل من الطرفين فسخه في أصل المذهب بلا خلاف مادام الشيء لم يصنع .. أما بعد صنعه واحضاره فيكون للمستصنع حق في الفسخ من قبيل خيار الرؤية على الراى الراجع .

(٢) المدخل للزرقا ٤٥٣/١ .

(٣) نفس المصدر السابق ١ ص ٤٥٥

(٤) نفس المصدر السابق ٤٥٦/١ وما بعدها .

(٥) يعتمد بذلك ما جاء في لائحة الأسباب الموجبة .. من مقدمة المجلة المعدية .. انظر المجلة المعدية في مقدمتها الهايونية . ويعتمد أيضا ان العمل في سوريا كان قائما على اعتبار عقد الاستصناع عقدا لازما .

الا ان المجلة .. فى المادة / ٣٩٢ اخذت بلزوم العقد فى حق الطرفين منذ انعقاده .. الا اذا جاء المصنوع مغايرا للأوصاف المعينة فى العقد وعندئذ يكون للمستصنع حق الفسخ بمقتضى خيار غوات الوصف المشروط لابقضى عدم اللزوم فى عقد الاستصناع .

بعد هذا البيان لمعنى اللزوم والالتزام واقسام العقود بالنسبة الى اللزوم وعدمه .. أرى ولكى نرجع عقد الاستصناع الى أحد هذين النوعين .. أن نلقى نظرة على المراحل التى يمر بها عقد الاستصناع ومن خلالها نقرأ ماكتبه فقهاء الحنفية عن موقفهم من لزوم هذا العقد أو عدم لزومه فى كل مرحلة من مراحله .. وهل هو عقد لازم فى كل مراحله أم اللزوم فى مرحلة دون أخرى .. ومن ثم وللصلة القوية بين هذا الموضوع .. وموضوع الآثار المترتبة على عقد الاستصناع .. سنتكلم عن مدى آثار عقد الاستصناع .

* * *

*** الفصل الثالث : المراحل التي يمر بها الاستصناع ، وحكم كل مرحلة منها من جهة اللزوم وعدمه عند أصحاب الاتجاه الأول :**

تمهيد :

يمر الاستصناع بمراحل ثلاث تقريبا حتى يكتمل وسمى **مايلي** :

أولا : مرحلة ما قبل الصنع .

ثانيا : مرحلة ما بعد الصنع وقبل الرؤية للمصنوع من المستصنع .

ثالثا : مرحلة ما بعد الصنع وبعد الرؤية للمصنوع .

ولكل تفصيل فيها سنورده في المباحث **التالية** :

*** المبحث الأول : مرحلة ما قبل الصنع :**

ان هذه المرحلة تكون بعد التعاقد .. ولما كان الاستصناع غير جائز قياسا لذا .. فالحنفية يرون أنه عقد جائز غير لازم لكلا الطرفين .. فعندهم يحق للطرفين عدم المضي في العقد .

رأى المجلة في هذه المرحلة : جاء في المجلة العدلية (١) .. ان الاستصناع لازم لكلا الطرفين بعد انعقاد العقد وقد نسبوا هذا الرأي لأبي يوسف .. ولكنى لم اعثر على هذا الرأي لأبي يوسف فيما لدى من مراجع ..

جاء في التحفة (٢) : لكل واحد منهما الخيار في الامتناع قبل العمل . وجاء في البدائع أيضا (٣) في معرض الكلام عن **صفة الاستصناع** : اما صفة الاستصناع فهي أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعا بلا خلاف.

سبب كونه غير لازم : بعد أن عرفنا أنه غير لازم بالنسبة للطرفين في المرحلة الاولى لابد من معرفة أسباب عدم اللزوم في هذه المرحلة :

قال فقهاء الحنفية : أن القياس يأبى الاستصناع ، ومادام كذلك فإن في الزام الطرفين بذلك يعنى أن يكون هناك دليل قوى يثبت اللزوم هذا ،

(١) المادة ٣٩٢/

(٢) ٥٣٩/٢

(٣) ٢٦٧٩/٦ وما بعدها .

ويترتب عليه آثار عديدة .. لكن الاستصناع جاء على خلاف القياس ..
فيجب أن يراعى فيه ما هو موجود .. لهذا قلنا بعدم لزوم مراعاة لما
يقتضى به القياس من عدم جوازه .

جاء في البدائع (٤) — وعند الكلام عن سبب عدم اللزوم قبل الصنع :
أن القياس يقتضى أن لا يجوز .. وإنما عرفنا جوازه استحسانا لتعامل
الناس فبقى اللزوم على أصل القياس .

ثم قاس الكاساني مسألة عدم اللزوم وإثبات الخيار للصانع .. بأنه
يحق للطرفين الامتناع قبل العمل عن العمل على البيع المشروط فيه الخيار
للمتبايعين فقال (٥) : حتى كان لكل واحد منها خيار الامتناع قبل العمل ..
كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين .. وأن لكل واحد منهما الفسخ .

أما الموسوعة الفقهية (٦) فعللت ذلك بقولها : لأن الزام الصانع بالمضى
ضرر له من ناحية أنه اتلاف لماله في عمل المطلوب وقد لا يرضى المستصنع
فكان له أن يفسخ ولا يمسى .. وأما المستصنع فلأنه قد اشترى ما لم يره ..
فكان له الخيار في الفسخ قبل الرؤية .

رأى آخر : هناك رأى يرى أن اللزوم ثابت في الاستصناع في هذه
المرحلة فهي مع باقى المراحل في اللزوم : جاء في المادة (٣٩٢) من المجلة
العدلية قولها : إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدین الرجوع عنه ..
وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً .

فجعل اللزوم يبدأ منذ التعاقد وحتى نهايته . مع فارق واحد وهو
أن يكون اللزوم منتفياً حين الإخلال بالمواصفات ، وعدم اللزوم هذا خاص
بالمستصنع فيحق له الفسخ لهذا السبب .. فالصانع على رأى المجلة (٧) ..
مجبور على العمل للشيء المطلوب صنعه ولا يحق له الرجوع عن ذلك .

ودليلهم (٨) : أن الاستصناع بيع والبيع عقد لازم لا يرد عليه الخيار ..
والصانع يعتبر بائعاً ، والبائع لا خيار له .

(٤) ٢٦٧٩/٦ وما بعدها .

(٥) نفس المصدر السابق .

(٦) ١٢/٧

(٧) درر الحكام لعلي حيدر . شرح المادة / ٣٩٢

(٨) نفس المصدر السابق .

أما المستصنع .. فعند المجلة ملزم بالقبول إذا كان موافقا للأوصاف
التي بينها الصانع منذ بدء التعاقد ..

وحجتهم في ذلك .. أنه لو جعل له الخيار للحق البائع أضرار ولأنه قد
لا يرغب في المصنوع أحد غير المستصنع .

المبحث الثاني: مرحله ما بعد الصنع وعدم رؤيه المستصنع للمصنوع

وهذه المرحلة تعتبر مرحلة وسط اذ تم الصنع للمادة المطلوبة بها . لكن
المستصنع لم يراها بعد .. فهل العقد لازم بحق الطرفين ؟ أم بحق
أحدهما ؟ أم غير ذلك ؟ .

قال صاحب التحفة عند الكلام عن هذه المرحلة (٩) : بعد الفراغ من
العمل فلصانع وللمستصنع الخيار .. وقد أشار صاحب التحفة الى
قضية واضحة الظهور عند فقهاء الحنفية وهى أن الطرفين لم يلزما
بالعقد .. لأنه قد أعطى للصانع الحق في أن يصنعها ويبيعها الى من
يريدها .. فهذا الحق يفقد فيما لو أصبح العقد لازما . وكذلك يحق للصانع
أن يأتى بالمطلوب من صانع آخر أو من مصنع أو محل آخر إذا كانت
على الأوصاف المطلوبة .. وهذا يعنى أن المصنوع لم يكن معينا .. إنما
وقع على مبيع في الذمة .. كما يقول محمد صاحب أبى حنيفة في تعليق عدم
اللزوم عنده .

قال صاحب التحفة (١٠) ، وفتح القدير (١١) : حتى أن الصانع لو باعه
قبل أن يراه المستصنع جاز لأنه ليس بعقد لازم .. وأيد هذا الكاسانى
بقوله (١٢) : وما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذا حتى
كان للصانع أن يبيعه ممن يشاء .. كذا ذكر في الأصل .

أما علته عند الكاسانى فهى : لأن العقد ما وقع على عين المعمول ..
بل على مثله في الذمة .. لأنه لو اشترى من مكان آخر وسلم اليه جاز .

(٩) ٥٣٩/٢ .

(١٠) تحفة الفقهاء ٣٩٥/٢ .

(١١) فتح القدير ٣٥٧/٥ .

(١٢) انظر البدائع ٢٦٧/٦ .

المبحث الثالث: مرحلة ما بعد الصنع ورؤية المستصنع لها.

هذه المرحلة هي آخر مرحلة يصل اليها المتعاقدان في الاستصناع .. وهي التي يتم فيها صنع المستصنع ويراه المستصنع غاما أن يكون وفق المواصفات واما أن يكون مخالفا لها .. والكلام في هذه المرحلة نوثقين :

* الأول : عند عدم مطابقة المصنوع للشروط والمواصفات المطلوبة .

* الثاني : عند المطابقة للشروط والمواصفات المطلوبة .

* وفيما يلي التفصيل :

الأول : عند عدم المطابقة للمطلوب صنعه :

إذا قدم الصانع المستصنع فيه ورآه المستصنع .. لكن وجده غير مطابق لما تعاقد عليه مع الصانع فالمستصنع غير ملزم بالاستلام ولا يدفع الثمن ان لم يكن قد دفع مسبقا .. لأن مدار العقد هو دفع الحاجة .. والحاجة للمواصفات المطلوبة بالمصنوع هي المهمة .. فان غاب عنمت الحاجة .. ونحن نعرف أن هذا انما يكون على وفق ما اتفقنا عليه فيمكن أن يتراجع المستصنع مثلا عن بعض المواصفات الناقصة او يدفع الصانع بعض الثمن عن المخالفة .. او ينقص من الثمن .. وهذه الاحتمالات هي غير محل بحثنا .. لانها واردة ، ويمكن أن يعملها المتعاقدان بشرط عدم مخالفة الشرع في أى منها .

لهذا .. جاءت المادة (٣٩٢) من المجلة العدلية بما نصه : « اذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة .. كان المستصنع مخيرا . . . وقيل في هذه المادة بأنه (١٣) اذا كان المصنوع غير موافق للأوصاف المطلوبة .. وكان النقص الموجود فيه من قبيل العيب ، فلمستصنع خيار العيب .. وان كان من قبيل الوصف ، غله خيار الوصف .. ان شاء قبله ، وان شاء رده ، ومتى قبله بعد رؤيته فليس له رده .

وسأوضح فيما بعد — ان شاء الله — مبدا خيار الرؤية والمدة المطلوبة فيه ومتى يسقط وينفس الوقت أتكم عن خيار العيب .

(١٣) درر الحكام . شرح المادة / ٣٩٢

الثانى : أما الشق الثانى الذى اشرنا للقسم الأول منه فهو أن يسلم الصانع المستصنع غيه مطابقا للأوصاف المطلوبة ويراه المستصنع .. وفى هذا اختلف فقهاء الحنفية فى كون العقد ملزما أم غير ملزم على التفصيل
التالى :-

١ - بالنسبة للصانع :

الزم جمهور فقهاء الحنفية الصانع بالتسليم بعد العمل وهو الأصح عندهم وقيل أن هذا هو جواب ظاهر الرواية عن أبى حنيفة ، وأبى يوسف .

* جاء فى فتح القدير (١٤) : أما بعد ما رآه « المستصنع » .. فالأصح أنه لا خيار للصانع .. بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه لأنه بالآخرة بائع ..

* وفى البدائع (١٥) : أما إذا أضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع .. وعلل الكاسانى سقوط الخيار عن الصانع ولزوم العقد بحقة : بأن الصانع بائع مالم يره .. فلا خيار له .

* أما صاحب العناية : فقد علله بقوله (١٦) : ومن هو كذلك لا خيار له بناء على جعله بيعا لأعدة .. فالصانع بالاحضار اسقط خيار نفسه .. والدليل فى ذلك .. القياس ، فقد شبه عقد الاستصناع بعقد البيع المطلق الذى شرط فيه الخيار للعاقدين بجامع أن كليهما ثبت فيهما الخيار فالبيع الذى شرط فيه الخيار للمتعاقدين عند الحنفية إذا اسقط أحدهما خياره لا يسقط عن الثانى ويكون لازما .. بل يبقى خيار الثانى حتى يسقطه بنفسه .. لهذا قال الكاسانى أن الاستصناع « كالبيع » الذى فيه شرط الخيار للمتعاقدين إذا اسقط أحدهما خياره يبقى خيار الآخر (١٧) ..

ونسب الكاسانى هذا القول الى أنه جواب ظاهر الرواية عن أبى حنيفة ، وأبى يوسف

(١٤) ٣٥٧/٥

(١٥) ٢٦٧١/٦

(١٦) العناية مع فتح القدير ٣٥٧/٥

(١٧) البدائع ٢٦٧١/٦

رواية أخرى عن أبى حنيفة :

أوردت كتب الفقه الحنفى رواية أخرى عن أبى حنيفة فى هذه المسألة تقول هذه الرواية ان الصانع فى عقد الاستصناع له الخيار كالمستصنع .. ووجه هذه الرواية على أن التخير لهما فيه دفع الضرر عنهما وهو واجب .
جاء فى البدائع (١٨) : ولأبى حنيفة أن لكل واحد منهما الخيار « أى الصانع والمستصنع » .. ووجه رواية أبى حنيفة : أن فى تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه وأنه واجب .

وجاء فى فتاوى الغياثية (١٩) : قال الخطيب : أن الروايات مختلفه فى لزومه وعدمه .. والمختار ما روى أبو يوسف عن أبى حنيفة : أنه ليس بلزوم من الجانبين حتى لا يجبر الصانع على العمل .. ولا المستصنع على قبوله إذا أتى به الصانع .. بل يخير كل واحد منهما ..

وفى العناية (٢٠) : وعن أبى حنيفة : أن له الخيار أيضا « للصانع » ان شاء فعل ، وان شاء ترك دفعا للضرر عنه .. لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط .

* الرواية الثانية عن أبى يوسف :

فى هذه المسألة أيضا جاءت رواية ثانية لأبى يوسف **مفادها :** أن كلا من الطرفين « الصانع والمستصنع » ملزم بالعقد ولا خيار له . وقد وجهت هذه الرواية على أن الصانع قد أفسد متاعه ، وجاء بالمطلوب فلو لم يلزم المستصنع لأصاب الصانع ضرر .

جاء فى البدائع (٢١) : روى عن أبى يوسف : أنه لا خيار للصانع والمستصنع جميعا « أى أنه يلزمهما العقد » .

وجه رواية أبى يوسف : قال الكاسانى (٢٢) : ان الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة . فلو كان للمستصنع الامتناع عن أخذه لكان فيه اضرار بالصانع بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم

(١٨) نفس المصدر السابق .

(١٩) الفتاوى الغياثية ص ١٥١ .

(٢٠) العناية مع فتح التدبير ٣٥٥/٥ .

(٢١) البدائع ٢٦٨٠/٦ وما بعدها .

(٢٢) نفس المصدر السابق .

يعمل .. فقال المستصنع : لا اريد ! لآنا لا ندرى أن العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا ؟ . فلم يكن الامتناع منه اضرار بصاحبه فثبت الخيار ..
أما صاحب العناية : فقد زاد على ذلك توضيحا لراى أبى يوسف السابق فقال (٢٣) : أن فى اثبات الخيار للمستصنع اضرار للصانع لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله .

* الراى المختار عند الكاسانى :

أيد الكاسانى ما جاء فى جواب ظاهر الرواية القائل بأن العقد لازم بحق الصانع فقط .. وعلل هذا الترجيح بأن الاستصناع انما شرع لدفع حاجة المستصنع فعند عدم الزام الصانع لاتندفع هذه الحاجة .

جاء فى البدائع (٢٤) : الصحيح جواب ظاهر الرواية لأن فى اثبات الخيار للصانع (أى عدم الزامه) . مآشرع له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع لأنه متى ثبت الخيار للصانع .. فكل ما فرغ عنه يبيعه من غير المستصنع .. فلا تندفع حاجة المستصنع .

* مناقشة الكاسانى لراى أبى يوسف فى الرواية الثانية :

ناقش الكاسانى راى أبى يوسف القائل : بأن عقد الاستصناع عقد لازم لكلا الطرفين لأن الصانع يتضرر بإثبات الخيار للمستصنع أى عدم الزامه بالعقد .

قال الكاسانى (٢٥) : أن هذا الكلام مسلم .. لكن ضرر المستصنع بإبطال الخيار فوق ضرر الصانع بإثبات الخيار للمستصنع .. لأن المصنوع لم يلائمه وطولب بثمنه لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله .. ولا يتعذر ذلك على الصانع لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك .. ولأن المستصنع اذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته لم يحصل مآشرع له الاستصناع .. وهو اندفاع حاجة المستصنع .. فلا بد من اثبات الخيار للمستصنع .

(٢٣) العناية مع فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

(٢٤) البدائع ٢٦٧٧/٦ وما بعدها .

(٢٥) البدائع ٢٦٨٠/٦ .

٢ - بالنسبة للمستصنع :

أما المستصنع فنريد هنا بيان حكم التعامل الذي يقوم به بعد ان رأى المستصنع فيه وفق المواصفات المطلوبة . . فهل العقد لازم بحقه أم لا ؟

اختلف فقهاء الحنفية في هذه المسألة بين فريقين :

✽ **الأول :** يرى أن المستصنع ملزم بالقبول إذا رآه وفق المواصفات المطلوبة .

✽ **الثاني :** يرى أن المستصنع غير ملزم وله الخيار . . ولو كان وفق المواصفات المطلوبة . . ولكل رايه وحجته . . **واليك التفصيل :**

الأول : ذكر صاحب التحفة (٢٦) هذه المرحلة شارحا موقف المستصنع منها بقوله : غيما إذا رآه المستصنع . . فلا خيار له . . وذلك لأنه بيع في الذمة بمنزلة السلم ونسب صاحب التحفة هذا الرأي لأبي يوسف .
✽ **وجاء في الهداية (٢٧) في معرض الكلام عن المستصنع :** وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما .

أما ابن الهمام : فقد قال (٢٨) : وأما المستصنع فلأن الصانع اتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى بدله . . فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع . لان غيره لا يشتريه بمثله . الا ترى ان الواقع اذا استصنع منبرا ولم يأخذه . . فالعامي لا يشتريه اصلاً . . فان قبل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا .

وقد يرد اعتراض على هذا مثلما أورده **ابن الهمام :** وهو جواز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع مجبور على القبول . . وهذا راجع لجهل الصانع . . أجاب ابن الهمام على مثل مآلو اعتراض بمثل هذا الاعتراض بقوله (٢٩) : أن الجهل لا يصلح عذرا في دار الاسلام فيقال : أن خيار المستصنع . اختيار بعض المتأخرين من اصحابنا . ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم اقوال جميع المجتهدين . . وانما الجهل ليس بعذر بدار الاسلام في الفرائض التي لا بد لاقامة الدين فيها الا في حيازة جميع المجتهدين وفيه نظر . . لأن غير الأب والجد اذا زوج الصغيرة بحر ثم بلغت . . فان لها خيار البلوغ ، فان سكنت لجهلها بان لها الخيار . .

(٢٦) ٥٣٨/٢ .

(٢٧) الهداية مع فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

(٢٨) فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

(٢٩) فتح القدير ٣٥٥/٥ .

بطل خيارها .. فان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر في الفرائض التي لابد
لإقامة الدين فيها .

قال السرخسي في مبسوطه (٢٠) : اذا جاء الصانع بالمستصنع فيه
كما وصفه المستصنع فلا خيار للمستصنع استحسانا .. رواية عن ابي
يوسف .

علة هذا : علل الكاساني هذا بقوله : وذلك لدفع الضرر عن الصانع
في اغساد اديمه وآلاته غربما لا يرغب غيره في شرائه .. على تلك الصفة .
فلدفع الضرر عنه قلنا بأنه لا يثبت له الخيار .. وفرق في ظاهر الرواية بين
هذا والسلم .

وأضاف قائلًا بأنه : لا غائدة في إثبات الخيار في السلم لأن المسلم فيه
دين في الذمة .. واذا رد المقبوض عاد ديننا كما كان .. وهنا اثبات
الخيار مقيد لأنه مبيع عين ، فبرده يفسخ العقد ويعود اليه رأس ماله ..
ويوضح الفرق بين اعلام الدين بذكر الصفة اذ لا يتصور فيه المعاينة ..
فتام ذكر الوصف في المسلم فيه مقام الرؤية في بيع العين .. وأما اعلام
العين : فتامه بالرؤية ، والمستصنع فيه يبيع عين .. فلهذا يثبت فيه
خيار الرؤية ..

*** الثاني :** يرى الفريق الثاني القائل أن المستصنع غير ملزم وله
الخيار ولو كان موافقا للمواصفات المطلوبة :

جاء في التحفة (٢١) : اذا رآه المستصنع غله الخيار ان شاء أجاز وان
شاء فسخ عند ابي حنيفة ومحمد .. وعلل ذلك بقوله : وهما يقولان أنه
بمنزلة العين المبيع الغائب (٢٢) .

جاء في الفتاوى السعودية (٢٣) : ان للمستصنع الخيار اذا رأى
المصنوع لأنه اشترى مالم يره .

أما في فتح القدير : وعند كلام صاحب البداية عن المستصنع اذا رأى
المستصنع فيه فقد قال : وهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه . وان شاء
تركه .. وذلك كما يقول صاحب الهداية لأنه اشترى مالم يره (٢٤) .

(٢٠) ١٢٩/١٢ .

(٢١) تحفة الفقهاء ٥٣٩/٢ .

(٢٢) جاء في تحفة الفقهاء في الحاشية : وفي رواية : العين المبيع للغائب وهو الأصح

(٢٣) ٥٧/٢ .

(٢٤) ٣٥٦/٥ .

* الفصل الرابع : الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته :

هناك رأى أورده صاحب الدر المختار وعقب عليه ابن عابدين بأنه نفس رأى صاحب مختصر الوقاية من الكتب الحنفية . . مفاده : أن الصانع يجبر على الصنع أن تعاقد مع المستصنع على ذلك ويكون العقد بحقه لازماً . . وكذلك المستصنع بنفس الحالة .

جاء في حاشية ابن عابدين (١) نقلاً عن صاحب الدر المختار :

فيجبر الصانع على عمله . . ولا يرجع عنه الأمر « المستصنع » .

وجه هذا القول : أن هذا الاستصناع بيع لا عده ، ولو كان عده لما

لزم (٢) . ولما كان عقد البيع عقداً لازماً عند الحنفية فما يشبهه يكون لازماً مثله . . وهو هنا الاستصناع .

اعتراض : واعترض ابن عابدين على هذا الرأى فقال (٣) : قوله :

فيجبر الصانع على عمله . . تبع في ذلك الدرر ومختصر الوقاية . . وهو مخالف لما ذكرنا آنفاً عن عدة كتب « ويقصد بها البدائع ، فتح القدير بما فيه من كتب كالبداية والهداية والعناية » . . من أنه لا جبر فيه . . أى « أن عقد الاستصناع لا الزام فيه للصانع ولا للمستصنع . واستشهد ابن عابدين على مخالفة الرأى القائل : بأن هذا العقد غير لازم . . بما ورد في أمهات كتب الفقه الحنفى كالبداية فقد ورد قولهم (٤) : أما صفة الاستصناع فهي أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين وأن لكل واحد منهما الفسخ . . لأن القياس يقتضى أن لا يجوز الاستصناع لما عرفنا أن جوازه تم بالاستحسان بتعامل الناس بقبول اللزوم على أصل القياس .

(١) ٢٢٤/٥

(٢) نفس المصدر السابق .

(٣) نفس المصدر السابق .

(٤) البدائع ٢٦٢٩/٦

ونقلنا عن التتار خانية : لايجبر المستصنع على اعطاء الدراهم ..
وان شرط تعجيله هذا اذا لم يضرب له أجلا .. فان ضرب .. قال
أبو حنيفة يصير سلما .. ولايبقى استصناعا حتى يشترط فيه شرائط
السلم .

* * *

*** رأينا :**

والذى بظهر لى مما تقدم .. أن العقد يصير لازما اذا مالتى الصانع
بما صنع موافقا للمواصفات المطلوبة .. وهو رأى لأبى يوسف فى روايته
الثانية القائل بها : أن لكل من الطرفين الحق فى الزام صاحبه .. أو بعبارة
أخرى أن العقد لازم بحقهما .. ولأخيار لهما لعدة أسباب : منها أن الصانع
جاء بالمطلوب وكونه جاء بالمطلوب صنعه قد أوفى بسد حاجة المستصنع ..
فاذا ما أعطينا المستصنع الخيار ولو كان الشيء وفق المطلوب ففيه توسيع
دائرة الضرر .. حيث أن الصناعات تطورت الآن ، وتحتاج الى تعاون
الصانع مع المستصنع فى سد الحاجات .. فاذا علم الصانع بأن المستصنع
يتحلل من العقد ولو رآه وفق المواصفات .. فهذا يؤدى الى عدم التعاون
فى سد الحاجات تلك .. وكذلك المستصنع ان لم يجد الصانع ملزم
بالتسليم سيتضرر لسد حاجته .. وهذا غرر .. وقد نهى النبى صلى الله
عليه وسلم عن الغرر .

أما رأى القائل بأن العقد لازم منذ بدايته وحتى نهايته فهو رأى
مرجوح أما رأى أبى يوسف فهو رأى وسط بين رأى أبى حنيفة ، ورأى
من قال أنه لازم منذ بدايته وحتى نهايته — والله أعلم .

* * *

الفصل الخامس : آثار عقد الاستصناع :

عقد الاستصناع بوصفه الحالى أصبح عقدا شائعا ذائع الاستعمال يتشابه في كثير من الاطراف بين مؤسسات ودول ومصانع وأفراد .. فهو عقد يحكم الآن في القرن العشرين الكثير من المعاملات .. ولهذا كانت آثاره واسعة ومتعددة .. والكلام عن هذه الآثار بتوسع يحتاج الى كثير من البحث والاستقصاء .. لكنى مع جهدى المتواضع أحاول فيما يلى أن أخص هذه الآثار فأقول :

أن الآثار التى تترتب على عقد الاستصناع هى على نوعين :

النوع الأول : بالنسبة للصانع :

فبالنسبة للصانع ثبوت ملك الصانع فى الثمن .. حيث أن الصانع بعد التعاقد على صنع المطلوب يكون ثمن المستصنع فيه جق له .. قبل المستصنع .. لكنه لا يدخل فى ملكه الا بعد قبضه .. ولا يستحق المطالبة به بمعنى أن لا يطالب المستصنع به الا بعد تسليم المستصنع فيه وحق المواصفات ، ورضى المستصنع به .

النوع الثانى : بالنسبة للمستصنع :

أما بالنسبة للمستصنع .. فثبوت الملك له فى المبيع فى ذمة الصانع ان توافرت فى المستصنع فيه كافة المواصفات المطلوبة .. وراه المستصنع ورضى به .. وملكه ملك غير لازم فيما ملك عند الجمهور .. ولازم عند البعض الآخر .

قال الكاسانى (١) : أما حكم الاستصناع : فهو ثبوت الملك للمستصنع فى العين المباعة فى الذمة .. وثبوت الملك للصانع فى الثمن ملكا غير لازم .

* * *

(١) انظر البدائع ١٦٧١/٦

* الفصل السادس :

* لزوم عقد الاستصناع أو عدم لزمه في النظام الوضعي :

سبق وأن ذكرنا أن النظام الوضعي جعل الاستصناع إحدى مصادق عليه عقد مسمى عندهم يسمى المقولة .. فهذا العقد يشمل الاستصناع كما يشمل الإجارة على الصنائع .. وبهذا الإدماج أدخلوا عقد الاستصناع في عقد المقولة .. وعقد المقولة في النظام الوضعي عقد لازم .. فكل من غال استصناع في النظام الوضعي يكون عقدا لازما بحق الطرفين .. فكل من رب العمل والمقاول يلتزم بشيء نظمه له القانون إلا أن هذا الالتزام لم يكن على إطلاقه ، فقد جوز المدني المصري لرب العمل التحلل من العقد في حالات لا يجوز فيها للمقاول أن يتحلل .. وكذلك لم يعط للمقاول مثمما أعطى رب العمل هذا الحق أو مثله .

ويكون بهذا قد اتفق مع رأى أبى يوسف في الرواية الثانية عنه : بأن لا خيار لأحدهما عندما يصنع الصانع المطلوب وفق المواصفات المطلوبة ، وأجيز للمستصنع « رب العمل » في المدني المصري فسخ العقد ان كان مغايرا للأوصاف المطلوبة .

والمدني المصري يؤيد ما جاء في أقوال بعض الفقهاء عن المستصنع بأنه يجوز له الفسخ دون الصانع .. فأعطاه هذا الحق الذي لم يعطه للصانع وقد فصلنا هذا الرأي سابقا في هذا الباب .. والمدني المصري لم يفرق بين حالة ما قبل الصنع أو بعد الصنع لكونه لم يعرف مثل هذا التفريق . ولم يخطر ببال واضعيه كما هو واضح مما اطلعنا عليه من مراجع ومؤلفات لشراح هذا العقد .

وقد تكلم أيضا دافيد (١) في رسالته عن التزامات الصانع والمستصنع الشيء الكثير كما تكلم المدني المصري (٢) عن هذا الموضوع ، والسنهوري في الوسيط (٣) مالميس له مكان في بحثنا هنا .

(١) رسالة الاستصناع ص ٥٩ — ١٥٢

(٢) المواد التالية في المدني المصري نارجع إليها : ٦٤٧/م ، ٢/م ، ٦٤٨/م

(٣) الوسيط للسنهوري ٦٤/٧ — ١٤٣

الباب السادس أمور تتعلق بعقد الاستصناع

ويتكون هذا الباب من تسعة فصول :

* * *

- الفصل الأول : خيار الرؤية عند أصحاب الاتجاه الأول .
- الفصل الثاني : خيار العيب ، عند أصحاب الاتجاه الأول .
- الفصل الثالث : خيار الرؤية والعيب في النظام الوضعي .
- الفصل الرابع : التنازع بين طرق عقد الاستصناع .
- الفصل الخامس : الظروف الطارئة .
- الفصل السادس : الشرط الجزائي في عقد الاستصناع .
- الفصل السابع : رأي المعاصرين في عقد الاستصناع .
- الفصل الثامن : دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستصناع .
- الفصل التاسع : ما ينتهي به عقد الاستصناع :
 - أ- من جهة المصانع .
 - ب- من جهة المستصنع .

الفصل الأول : خيار الرؤية عند اصحاب الاتجاه الأول

تمهيد :

خيار الرؤية نوع من انواع الخيارات التى تكلم عنها الفقهاء ، وأصل العمل به عند فقهاء الحنفية ما رواه مكحول مرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : « من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه . ان شاء أخذه وان شاء تركه » (١) . .

ويثبت خيار الرؤية شرعا لاشترط كخيار العيب . . والعقود التى يثبت فيها خيار الرؤية هي (٢) : (عقد البيع ، الاجارة ، الصلح عن دعوى المال ، القسمة ونحو ذلك) ومجمل الكلام فى هذا انه يثبت فى كل ماينسخ العقد فيه برده ، وما لا فلا (٣) .

* المبحث الأول : شروط ثبوت خيار الرؤية :

شروط ثبوت خيار الرؤية هي مايلي (٤) :

١ — أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين (٥) . . فان كان مما لا يتعين بالتعيين لا يثبت فيه الخيار حتى انهما لو تباعا عينا يعين لثبت الخيار لكل واحد منهما أما لو تباعا ديناً بدين لما ثبت الخيار لواحد منهما . . أما لو اشترى عينا بدين فله المشتري الخيار ولا خيار للبائع . .

٢ — أن تكون العين التى بيعت لم يرها المشتري (٦) عند البيع . . فان اشتراه وهو يراه ، فلا خيار له لأن الأصل هو لزوم العقد وانبرامه ، والخيار يثبت شرعا بالنص ، والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشتري .

(١) روى مرسلًا ومسنودًا . قالسند أخرجه الدارقطنى فى البيوع ، انظر نصب الرواية

فى تخريج احاديث الهداية ١/٤

(٢) انظر البدائع ٣٣٦٢/٧ ومابعدها

(٣) فلا يثبت فى المهر وبذل الخلع والصلح عن دم العمد . انظر البدائع ٣٣٦٢/٧ ومابعدها .

(٤) نفس المصدر السابق ، انظر شرح فتح القدير ١٤١/٥

(٥) وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعمد . ولها يملك بالتبض فلا يرد عليه الفسخ .

(٦) انظر البدائع ٣٣٦٢/٧ ومابعدها ، وانظر شرح فتح القدير ١٤١/٥

* المبحث الثاني : وقت ثبوت خيار الرؤية :

أما بيان وقت ثبوت خيار الرؤية فهو وقت الرؤية للشئ المباع بالذات (٧) .. لا قبلها .. غلو أجاز المشتري البيع قبل رؤيته للمبيع ورضى به صريحا ، فقال أجزت أو رضيت ، أو مايجرى هذا المجرى ثم رآه فله أن يرده للحديث المذكور أعلاه .

أما الفسخ قبل الرؤية .. فقال بعض الفقهاء : لايجوز لأنه لاخيار قبل الرؤية ولهذا لم تجز الاجازة فلا يجوز الفسخ .

وقال البعض الآخر : يجوز له فسخ العقد وهو الصحيح .. لأن العقد بالنسبة لمن له خيار الرؤية عقد غير لازم ومعنى عدم اللزوم هو جواز التحلل من العقد دون توقف على رضا الطرف المقابل وهو البائع .

* المبحث الثالث : حكم العقد عند قيام خيار الرؤية :

عند قيام خيار الرؤية .. يكون العقد (٨) غير لازم بالنسبة للمشتري .. لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه .

ولأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خلافا فيه واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار .. ولأن من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له اذا رآه فيحتاج الى التدارك .. فيثبت الخيار لتمكن التدارك عند الندم .

أما البائع لما لم يره .. فهل يلزم العقد بحقه ؟ هناك روايتان عند أبي حنيفة :

الأولى : أنه كان يقول : لا يلزم ويثبت له الخيار .

وجه الرواية : أن المعانى التى من أجلها يثبت هذا الخيار في شراء المشتري لما لم يره هذه المعانى أيضا موجودة في بيع مالم يره البائع .. فحورود الشارع بالخيار في شراء مالم يره .. يكون ورود دلالة في بيع الانسان مالم يره .

الثانية : أما الرواية الثانية فهي أن لا خيار للبائع ويلزم العقد بحقه .

(٧) انظر البدائع ٢٣٦٦/٧ ومابعدها ، انظر شرح متح القدير ١٢١/٥
(٨) نفس المصدر السابق ٢٣٦٠/٧ ومابعدها ، وفتح القدير ١٢٧/٥ - ١٤٠

وجه الرواية الثانية : ووجه ذلك ما روى (١) أن عثمان بن عفان -رضى الله عنه - باع أرضا له من طلحة بن عبيد الله -رضى الله عنه - ولم يكونا رأياها فقبل لعثمان -رضى الله عنه - غبنت فقال : لى الخيار لأنى بعت مالم أره . . وقيل لطلحة مثل ذلك فقال : لى الخيار لأنى اشتريت مالم أره . فحكما فى ذلك جبر بن مطعم -رضى الله عنه - ففضى بالخيار لطلحة -رضى الله عنه - .

وكان ذلك بمحضر من الصحابة -رضى الله عنهم - ولم ينكر عليه احد منهم فكان اجماعا منهم على ذلك . . ولأن المشتري مالم يره مشتر على انه خير مما ظن فيكون بمنزلة مشتر شيئا على انه جيد فاذا هو ردىء . . وبتطبيق ماسبق على عقد الاستصناع . . يكون الخيار للمستمنع . . لان الصانع بائع لشيء رآه أو لم يره ، وفى كلتا الحالتين لا يثبت الخيار له .

* المبحث الرابع : مسقطات خيار الرؤية :

ان مسقطات خيار الرؤية عند فقهاء الحنفية على نوعين (١) :

- ١ - اختياري .
- ٢ - ضروري .

أما الاختياري : فنوعان : هما :

الأول : التصريح بالرضا والاختيار ممن له خيار الرؤية فى المبيع . . أو مايقوم مقام التصريح . . سواء علم البائع أم لم يعلم . . لأن الأصل فى البيع المطلق اللزوم ، والامتناع عن اللزوم لخلل فى الرضا . . فاذا أجاز ورضى فقد زال المانع فيلزم البيع .

الثانى : الدلالة على الرضا : وهو أن يوجد من المشتري تصرف فى المبيع بعد الرؤية يدل على الإجازة والرضا . . نحو ما اذا قبضه بعد الرؤية . . لأن القبض بعد الرؤية دليل على الرضا بلزوم البيع . . كأن

(١) انظر فتح التدبير ١٤٠/٥ ، وانظر الرواية التى فى السنن الكبرى للبيهقى ٢٦٨/٥ التى جاء فيها : أن عثمان -رضى الله عنه - ابتاع من طلحة بن عبيد الله أرضا بالمدينة . ناقلة بأرض له بالكوفة . فلما تباينا ندم عثمان ثم قال : بايعتك مالم أره . فقال طلحة : انها المنظر لى انها ابتعت مخيبا ، وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت . فجملا بينهما حكما ، فحكما جبر بن مطعم ففضى على عثمان أن البيع جائز ، وأن النظر لطلحة انه ابتاع مخيبا . انظر الغرر للضرير ص ٤٠٢ .

(١٠) انظر البدائع ٣٣٦٩/٧ . والهداية ١٢٢/٥

يعرض السلعة مثلاً للبيع فقد رضى بها . . أو يخرج بعضه عن ملكه فعندئذ يسقط خياره عن الباقي ولزم البيع فيه كله .

أما الضروري للخيار نوعان :

الأول : هو كل مايسقط به الخيار ويلزم البيع من غير صنعة نحو :
موت المشتري ، اجازة أحد الشريكين فيما اشترياه ولم يرياه دون صاحبه
عند أبى حنيفة .

الثانى : يكون بأحد أمرين :

- أ — هلاك بعض المبيع فى يد المشتري . . أو انتقاصه بالعيب بأففة
سماوية أو بفعل أجنبى ، أو بفعل البائع عند أبى حنيفة ومحمد .
- ب — الزيادة الحاصلة فى يد المشتري زيادة منفصلة أو متصلة
« متولدة ، أو غير متولدة » على تفصيل محله كتب الفروع
فى ذلك .

* * *

* الفصل الثاني : خيار العيب عند أصحاب الاتجاه الأول :

* البحث الأول : مشروعية خيار العيب عند الحنفية (١) :

خيار العيب شرع بناء على ما روى أبو هريرة (رضى الله عنه) أن رسول الله (ص) قال (٢) : « من ابتاع شاة مصراة فهو خيها بالخيار ثلاثة أيام . ان شاء أمسكها ، وان شاء ردها ، ورد معها صاعا من تمر » . .

وجه الدلالة : وجه الدلالة من الحديث ان الأمرين اللذين ذكرهما الرسول صلى الله عليه وسلم هما : نظر الإمساك والرد أما ذكر الثلاث في الحديث فهو ليس للتوقيت ، لأن هذا النوع من الخيار ليس بمؤقت بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد . . لأن المشتري ان كان به عيب يقف عليه المشتري في هذه المدة عادة . . فمضى به فمسهكه أو لايرضى به فمدهه، والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذى حلبه المشتري ، علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المشاهدة .

* البحث الثاني : وقت ثبوت خيار العيب :

أما متى يثبت خيار العيب فهو يثبت (٢) : بالشرط دلالة . اذ أن سلامة المبيع من العيب شرط ضمنى في العقد . . ولما كانت السلامة مشروطة في العقد دلالة فقد صارت كالمشروط نصا .

فاذا فانت المساواة كان له الخيار ، كما اذا اشترى جارية على أنها بكر ، أو على أنها طبخة فلم يجدها كذلك .

وخيار العيب يثبت في العقود التى تحتل الفسخ كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن مال العمد .

* البحث الثالث : شروط ثبوت خيار العيب :

شروط ثبوت خيار العيب هى مايلي :

اولا : ان يكون العيب مؤثرا في قيمة المبيع (٤) : فكل مايوجب نقصان

(١) انظر البدائع ٢٣١٧/٧

(٢) رواه مسلم : انظر مختصر مسلم رقم الحديث /٦٢٨ وهناك رواية أخرى بالبدائع

١٣١٧/٧ . وروى أحمد في مسنده (من اشترى شاة محفلة مصراة فهو بخير النظرين:،

انظر مسند أحمد ٢٣١٧/٢

(٢) انظر البدائع ٢٣١٧/٧

(٤) انظر البدائع ٢٣١٩/٧

التمن في عادة التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا فهو عيب يوجب الخيار ..
وما لا فلا .. كالهشم في الأواني .. كان في السابق يعد مؤثرا في قيمة
المبيع .. فقد يكون في وقت من الأوقات غير مؤثر فلا يعد نقصانا .. وقد
اسهب الفقهاء في ذكر ما يعد مؤثرا وما لا يعد .. يرجع إليها في كتب الفروع.

ثانيا : أن يكون العيب قديما (٥) : يشترط ثبوت العيب عند البيع أو
بعده قبل التسليم حتى لو حدث بعد ذلك لا يثبت . لأن ثبوته لفوات صفة
السلامة المشروطة في العقد دلالة .. وقد حصلت السلعة سليمة في يد
المشتري .. وهذا يعنى أن العيب قديم .. لأنه إذا كان بعد التسليم مثلا
يكون حديثا .. فلا يلزم البائع بالرد عندئذ .. وقد عدد الفقهاء حالات
كثيرة هي من كلا النوعين القديم والحديث للتفريق بينها ليس محلها هنا .

ثالثا : أن يكون العيب غير معلوم للمشتري : ويشترط عدم علم
المشتري بوجود العيب عند العقد (٦) .. فان علم به فلا خيار له ..
فالجهل من قبل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض يكون شرطا في
ثبوت العيب . لأن الاقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضا به دلالة ..
وكذا إذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعده قبل القبض . لأن تمام الصفقة
متعلق بالقبض .. فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد .

رابعا : ألا يكون البائع قد اشترط البراءة عن العيب : اشترط
الحنفية لخيار العيب عدم اشتراط البائع البراءة عن العيب في البيع (٧)
لأن شرط البراءة عن العيب في البيع عندهم صحيح فهو بمثابة الإبراء من
المشتري للبائع من العيوب التي قد توجد في المبيع .. فإذا أبراه فقد أسقط
حق نفسه فصح الاسقاط فيسقط خيار العيب ضرورة .

✽ المبحث الرابع : كيفية الرد بخيار العيب :

أما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته .. فالمبيع لا يخلو إما أن
يكون في يد البائع أو في يد المشتري :

فان كان في يد البائع قبل القبض : ينفسخ البيع بقول المشتري :
رددت .. ولا يحتاج الى قضاء القاضي ولا الى التراضى بالاجماع ..

وان كان في يد المشتري : لا ينفسخ الا بقضاء ، أو بالتراضى عند
الحنفية ، وإذا رد المبيع انفسخ العقد .

(٥) نفس المصدر السابق ٢٢٢٢/٧

(٦) نفس المصدر السابق ٣٢٢٤/٧

(٧) نفس المصدر السابق ٣٢٢٤/٧

* المبحث الخامس : مسقطات خيار العيب :

مسقطات خيار العيب عديدة نجلها فيما يلي (٨) :

١ — **هلاك الموقوف عليه قبل القبض** : يسقط خيار العيب لهلاك البيع قبل قبضه لضرورة غوات المحل « أى البيع الذى يكون به عيب » ..
٢٢ — **الرضا من المشتري بالعيب** : يرى الحنفية أنه يسقط خيار العيب بعد العلم بالعيب .

٣ — **نقصان المبيع** : اذا تعذر رد المبيع لنقصان وجده فى المبيع فيسقط خيار العيب .. لأن البائع هو السبب .. سواء كان النقصان فى المبيع قبل القبض أو بعده . وسواء كان بأفة سماوية أو بفعل المشتري ، أو بفعل البائع ، أو بفعل المبيع ، أو بفعل أجنبى .. وكل منها لها حكم تفصيلها فى كتب الفروع .

٤ — **الزيادة فى المبيع** : والزيادة فى المبيع اما أن تكون منفصلة متولدة من البيع بعد القبض أو بعده .. أو كانت الزيادة متصلة فى المبيع بعد القبض أو بعده فهذه تمنع الرد بالعيب .

* وأما المنفصلة المتولدة من الأصل فلا تمنع الرد .. وعلى أى حال فتفصيلها كتب الفروع .

٥ — **اسقاط الخيار صراحة** : يسقط خيار العيب بالتصريح باسقاط الخيار أو بما فيه معنى التصريح نحو أن يقول المشتري أسقطت الخيار ، أو أبطلت ، أو ألزمت البيع ، أو أوجبته ومايجرى هذا المجرى .. لأن خيار العيب حقه ، والإنسان له أن ينزل عنه .

٦ — **تصرف المشتري فى المبيع** : ويسقط خيار العيب بتصرف المشتري فى المبيع بأن يخرج مالا عن ملكه حتى قبل علمه بالعيب لتعذر رد المبيع الى البائع كان يبيعه أو يهبه .

(٨) انظر البدائع ٢٣٣٥/٧ ومابعدها .

* الفصل الثالث : خيار الرؤية والعيب في النظام الوضعي :

عالج النظام الوضعي عيوب الارادة فجعل العقود التي شابها غلط ، أو تدليس أو اكراه ، أو استغلال .. عقودا قابلة للإبطال لمصلحة العاقد الذي عاب ارادته غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال .. وهذه مرتبة وسطى في العقود .. فالعقود في نظر النظام الوضعي .. إما صحيحة أو باطلة أو قابلة للإبطال .

قال السنهوري (١) : ان الصناعة في الفقه الاسلامي قد وصلت الى درجة كبيرة من الرقى في الخيارات : ومنها خيار الرؤية والعيب .

* **المبحث الأول : خيار الرؤية :** وهذا الخيار لا يمنع من الانعقاد في حق الحكم .. ولكنه يمنع تمام الحكم بعد القبض .. فالصفقة اذن لم تتم .. فيستطيع من له الاختيار نقض العقد بارادته المنفردة دون حاجة الى تراض أو تقاض .

ولما كان خيار الرؤية من حق الشرع لامن حق العبد .. فلا يجوز اسقاطه قصدا بصريح الاسقاط .. وانما يسقط ضمنا باجازة العقد .. ولا ينتقل خيار الرؤية بالميراث لأنه متصل بالمشيئة لا بالعين .. فإذا مات من له الخيار .. لزم العقد ..

* **المبحث الثاني : خيار العيب :** وهذا الخيار لا يمنع تمام الحكم كما يمنعه خيار الرؤية لكنه يمنع لزوم الحكم قبل القبض .. فالصفقة اذن لم تتم قبل القبض .. وتتم بعد القبض فيستطيع من له الخيار قبل القبض نقض العقد بارادته المنفردة دون حاجة الى تراض أو تقاض .

أما بعد القبض وقد تمت الصفقة فلا يستطيع من له الخيار الا فسخ العقد .. ولا بد للفسخ من التراضي أو التقاضى .. ولما كان خيار العيب من حق العبد لامن حق الشارع فإنه يجوز اسقاطه مقصودا بصريح الاسقاط ..

وينتقل خيار العيب بالميراث لأنه متصل بالعين أكثر من اتصاله بالمشيئة. **ولعل الفقه الغربي في هذه المسائل (٢) لم يصل الى هذا الحد من الدقة والاحكام ويعرف الفقه الغربي الشرط الواقف، والشرط الفاسخ .. ولا يعرف بينهما مرتبة وسطى .**

أما الفقه الاسلامي : فيعرف هذه المرتبة الوسطى .. فخيار الرؤية عنده مرتبة وسطى بين خيار الشرط وخيار العيب .. وليس لهذا التدرج نظير في الفقه الغربي .

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ٢٨١/٢ - ٢٨٥

(٢) مصادر الحق ٢٨١/٢ - ٢٨٥

الفصل الرابع : التنازع بين طرفي عقد الاستصناع :

تحصل المنازعات في عقود المعاوضات بين طرفي أى عقد غيرها في غالب الأحوال ومنها الاستصناع . فلو حصل نزاع واختلف المتعاقدان « الصانع والمستصنع » وادعى كل واحد منهما شيئاً على صاحبه .. فهل يسرى على هذا النزاع مايسرى في أنواع المعاملات في أصول التقاضى بين المتنازعين ؟

هذا ماأردنا بيانه هنا فنقول : أن الاستصناع يسرى على النزاع فيه بشأن العوض والمعوض عنه وتنفيذ الشروط والالتزامات وبدل الثمن الخ . الخاصة به مايسرى على كل عقود المعاوضات المالية من أصول المحاكمات والمرافعات .. وهناك أمور نص عليها فقهاء الحنفية خاصة بهذا العقد نجعلها فيمايلي :

لايمين على الطرفين : جاء في الفتاوى الهندية (١) : أن زعم الأمر « المستصنع » أنه لم يفعل كما شرط وادعى الصانع خلافه .. قالوا : لايمين فيه لأحدهما على الآخر .

وان ادعى الصانع على رجل أمره بعمل فأنكر الأمر « المستصنع » لايلطف أيضاً (٢) .

النزاع في عدم ضبط المواصفات المطلوبة : اذا استصنع الرجل عند الرجل خفين فلما فرغ منه قال المستصنع ليس هكذا أمرتك .. وقال الاسكاف بهذا امرتنى : يكون مايلي (٣) :

- ١ — فالقول قول المستصنع لأن الاذن يستفاد من جهة المستصنع ..
- ٢ — ولا يمين على المستصنع لأن توجه اليمين ينبني على دعوى تلزمه الجواب وذلك لا يوجد هنا .. فان للمستصنع أن يأبى .

(١) الفتاوى الهندية ٨/٥

(٢) المعروف أن الاصل عند أبى حنيفة وأبى يوسف : أن قيام البيع في باب البيع شرط جريان التحالف في المبيع الهالك . ولما كان بالاستصناع يتم هلاك المادة الخام بتحويلها اثناء الصنع فيكون شرط جريان التحالف معدوم في الاستصناع .. انظر

البدائع ٢٦٦٥/٦

(٣) المبسوط ٩٣/١٢

النزاع مع ضبط المواصفات المطلوبة :

جاء في المبسوط (٤) ان لم يكن الصانع مخالفا للأوصاف المطلوبة فلا فائدة في استحلافه .. ولو أقام العامل البينة لم يلزم الأمر .. لأن الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم .

ولو قال المستصنع بهذا أمرتك .. ولكن لاأريده .. كان له ذلك لما بينا : أن الخيار ثابت للمستصنع بسبب عدم الرؤية .

* * *

(٤) المبسوط للسرخسي ١٢/١٣

الفصل الخامس : الظروف الطارئة :

ان قواعد الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي ، لاحاجة لنا في اللجوء الى استعمالها اذا جد للصانع ممانعه عن تنفيذ ماتعاقد عليه . . هذا اذا اعتمدنا على القول الراجح في ان الاستصناع عقد غير لازم . . لان العقد غير اللازم ينتهي بالرجوع فيه ويسمى هذا الرجوع فسخا (١) . .

أما اذا سرنا على الراي القائل : بلزوم هذا العقد . . وطرات ظروف قاهرة منعت الصانع من اتمام ماطلبه منه المستصنع ، غفى الامكان تطبيق قواعد الظروف الطارئة وهي قواعد وردت صريحة في كتب الفقه الاسلامي (٢) . . وبناء على هذا يقال للمستصنع اذا طرا مايمنع الصانع من اتمام ماتعاقدت عليه كأن حدثت حرب منعت ورود الخامات التي سيصنع منها المطلوب . . أو جرت عاصفة أغرقت المركب الشراعى مثلا والمحمل عليه المادة الخام أو المطلوب صنعها . . أو شب حريق في المصنع اتى على كل مافيه فيقال للمستصنع انت بالخيار : أما أن تصبر حتى يتمكن الصانع صنع ماتفق عليه . . أو لك الحق في ازالة كل اتفاق بخصوص هذا الموضوع .

(١) نظرية الالتزام للمطار ص ٢٦٢

(٢) كشف الشكاف للبهوتي ٣/٢٥٦ ومابعدها .

الفصل السادس : الشرط الجزائي في عقد الاستصناع :

لم يكن الشرط الجزائي معروفا بهذا الاسم لدى فقهاءنا الأقدمين .. وانما جاء ذكره في صور مسائل فقهية .. ولعل أول وجوده ماروى البخارى في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلا قال لكره « أدخل ركابك » فان لم أرجل معك يوم كذا أو كذا فلك مائة درهم فلم يخرج . فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه . وقال ايوب : عن ابن سيرين أن رجلا باع طعاما وقال « ان لم آتك الأربعاء فليس بينى وبينك بيع » فلم يجيء فقال شريح للمشتري أنت أخلفت فغضى عليه (١) .

أما الفقهاء المعاصرون فقد تعرضوا لبحثه في كتبهم بهذا الاسم وبينوا العوامل التي أدت الى التوسع في الأخذ به ..

قال الزرقا (٢) : في أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا وتطورت أساليب التجارة الداخلية ، والصنائع ، وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة ... واتسعت مجالات عقود الاستصناع في التعامل بطريق الإيصاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية وقد ضاعف احتياج الناس الى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه .. ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي « الشرط الجزائي » ..

والشرط الجزائي هو (٣) : اتفاق يقصد منه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه أو اذا تأخر في تنفيذه .

وبعد استعراض المسائل التي يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائي وتأمل قوله تعالى : **(يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)** .. وما روى عنه صلى الله عليه وسلم : **« المسلمون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا »** والاعتماد على القول الصحيح من أن الأصل في الشروط

(١) صحيح البخارى مع فتح البارى ٢٦٢/٥

(٢) المدخل الفقهى العام للزرقا فقرة ٢٨٦/

(٣) الموسوعة العربية الميسرة . نقلا عن مجلة البحوث الإسلامية . مجلد ١ العدد ٢

ص ٦٢

الصحة .. وانه لا يحرم فيها ويبطل الا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله
نصا أو قياسا .. وبتطبيق الشرط الجزائي على أنواع الشروط وظهور
انه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد .. اذ هو حافظ لاكمال العقد
في وقته المحدود له .. والابستثناس بها رواه البخارى في صحيحه بسنده
عن ابن سيرين أن رجلا قال لكريه : ادخل ركابك . فان لم أرحل معك
يوم كذا وكذا . فلك مائة درهم غلم يخرج فقال شريح : من شرط على نفسه
طائعا غير مكره فهو عليه الحديث .

وفضلا عن ذلك .. فهو في مقابلة الاخلال بالالتزام حيث ان الاخلال
به مظنة الضرر وتقويت المنافع .. وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي
سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله .. وسبب من اسباب
الحفز على الوفاء بالعهود ، والعقود تحقيقا لقوله تعالى : (ياايها الذين
آمنوا أوفوا بالعقود الآية) .

فان الشرط الجزائي الذي يجرى اشتراطه في العقود شرط صحيح
معتبر يجب الأخذ به .. مالم يكن هناك عذر في الاخلال بالالتزام الموجب له .

فيكون العذر مسقطا لوجوبه حتى يزول ، واذا كان الشرط الجزائي
كثيرا عرفنا بحيث يراد به التهديد المالى .. ويكون بعيدا عن مقتضى
القواعد الشرعية للعقود ، فيجب الرجوع في ذلك الى العدل والانصاف ،
على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضره .

ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف الى الحاكم الشرعى عن طريق اهل
الخبرة والنظر ..

وبناء عليه .. فاذا اقترن شرط جزائي بعقد الاستصناع يلتزم به
المستصنع أداء شيء اذا تأخر عن تسديد التزاماته، اذا كان هناك من
التزام .. أو كان الشرط الجزائي واقعا على عاتق المستصنع ، فانه لا يفسد
العقد بهذا الشرط ، ويرجع الى القاضى المختص لتفسير الشرط .. ويمدى
انطباقه على حكم الشرع كما سبق بيانه في أول هذا البحث .. وبيان
الاعراف المتداولة بذلك بين التجار والصناع في هذا النوع من التعامل
والفصل في النزاع على ضوء هذا كله (٤) .

* * *

(٤) انظر مجلة البحوث الاسلامية - المجلد الاول - العدد الثانى - ص ٦٠ - ١٤٣

الفصل السابع : رأى المعاصرين فى عقد الاستصناع :

تمهيد :

ان الاحتكاك بالمعاملات ، والتفكير فى موقف الشريعة الاسلامية منها دفع القضاة فى الاسلام . . وكثيرا من العلماء (١) . الى محاولة دراسة الاستصناع . . وقد اخذت مباحثه الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود بكتابته احكام عقود التأمين وقد قدم له بحثا مهما لبناء أصل مشروعية هذه المعاملات وهو (٢) : الأصل فى العقود الاباحة حتى يقوم الدليل على التحريم . . وهو الرأى الراجح عند الجمهور ، وبعدها ذكر حكم بعض المعاملات . . ثم عرج الى موضوعنا « الاستصناع » .

ويحسن ونحن نذكر رأيه كاملا ضمن بحثنا هذا . . ان نقرر للأمانة أنه ليس فى ذكر هذا الرأى الموافقة الكلية منا على ما جاء بكتابته فى هذا الموضوع اذ لنا بعض التحفظات ، لكن الرجل قد أبلى بلاء حسنا فى دراسة المعاملات التى شاع التعامل بها هذه الأيام . . فكان له مجهود يشكر عليه فى اثر الفقه الاسلامى لكن كما قلت ليس كل ما كتبه من آراء هى محل الموافقة منى .

ونص ماقاله هو (٢) : ان كل ما يقع بين الناس من المشاكل فى العقود والشروط والمعاملات ، فان له صلة وأصلا من الفقه الاسلامى يرد اليه ويقاس عليه ويؤخذ صحته وفساده من نصوصه وأصوله .

من ذلك . . استصناع السلعة ، أى طلب عمل صنعة من بناء أو نجارة أو حدادة وهى عبارة عن اجراء عقد اتفاق بين المالك والمقاول على صفة شئ موصوف من بناء بيت أو سفينة أو أبواب أو شبابيك أو صناديق أو غير ذلك .

بحيث يقول المالك للمقاول : أريد أن تبني لى عمارة صفتها كذا وارتفاعها كذا وفيها من الدور كذا وكذا ، ثم يستقصى أوصافها اللازمة ويتفق معه على قدر معلوم من المال .

(١) من هؤلاء العلماء الشيخ عبد الله آل محمود فى كتابه احكام عقود التأمين ومكانها من شريعة الدين ، والشيخ أحمد فهمى أبو سنة فى كتابه العرف والعادة فى ص ١٣١ ، والشيخ / على الخفيف فى مختصر احكام المعاملات من ١٧٧ — ١٧٨

(٢) احكام عقود التأمين لآل محمود ص ٣٩

(٣) نفس المصدر السابق من ٧١ — ٧٧

فهذا العقد في هذه الصفة يسمى عند الفقهاء « استصناع السلعة » .
والظاهر من مذهب الامام احمد والشافعى وأبى حنيفة . . انه لايجوز
لأنه من بيع ماليس عندك المنهى عنه شرعا .

قال في الاقتناع : « ولا يصح استصناع السلعة لأنه باع ماليس عنده
على غير وجه السلم » . وخالف أبو يوسف صاحبه الامام أبا حنيفة ،
فقال بجواز العقد في استصناع السلعة . . فإذا وجد المصنوع موافقا
للفئات التى بينت في العقد لزم من كلا الجانبين ، وليس لأحد منهما
الرجوع . . انتهى .

وعلى قول أبى يوسف هذا استقر عمل الأحناف على القول بصحته ،
وأدرجوه في مجلة الأحكام للحكم به .

وجرى عرف الناس في سائر الأمصار على العمل به وكأنه السبب
الذى جعل الناس يتحدثون بأن مذهب الأحناف يساير التطور ويتسع
رحبه للمعاملات الحديثة .

وكل شيء تعومل في استصناعه من بناء دور أو سفينة أو أبواب أو
ثياب أو قدور أو شبابيك ، فإنه يصح على القول بهذا ولايلزم في الاستصناع
دفع الثمن حال العقد بخلاف السلم .

وليس للمالك الا أقل مايقع عليه الصفة .
وإذا لم يقع المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة في العقد . .
فلمستصنع أى المالك الخيار بين قبوله ورده .

فقول الأئمة بمنعه بحجة أنه من بيع ماليس عنده غير صحيح ، فإن
هذا العقد مشبه بالسلم الذى محله الذمة والذى يصح في المعدوم وفيما
ليس عنده ، كما في البخارى ومسلم عن عبد الرحمن بن أبزن وعبد الله بن
أبى أوفى قال : « كان يأتينا أنباط من أنباط الشام فكنا نسلفهم في الحنطة
والشعير والزبيب — وفي رواية والزيت — الى أجل مسمى . قيل : اكان
لهم زرع ؟ قال : ماكنا نسألهم عن ذلك » لكون السلم محله الذمة .

ثم أن العادة والعرف والضرورة قد غرض التعامل بهذه الصفة على
الناس في كل مكان وزمان فرضا الزاميا لامحيص لهم عنه ، ولن يجدوا
بدا منه لفخامة البناءات وسائر المقاولات التى لايسطيع المالك ان يستقل
بالتصرف فيها الا بطريق الاتفاق مع المقاولين والفنيين والمهندسين .

ومن المعلوم أن العادة والعرف لهما مدخل في الشرع ويقدمان في بعض الصور على الأصل وقد ترجم عليه البخارى في صحيحه فقال : « باب من أجرى أمر الأمصار على مايتعارفون بينهم في البيوع والاجارة والكيل والوزن » .. قال في الفتح : قال ابن منير وغيره ، مقصوده بهذه الترجمة اثبات الاعتماد على العرف وأنه يقضى به على ظواهر الالفاظ انتهى .

ثم ان العقود والشروط والمعاملات في البنائات وسائر الصناعات هي من الأفعال العادية لامن العبادات الشرعية التى تفتقر الى دليل التشريع اذ الأصل في العقود رضى المتعاقدين ونتيجتها هو ماأوجباه على انفسهما بمقتضى التعاقد وليس فيها ربا أو قمار ولا نص في المنع منها .

وقد توسع الناس في الاستصناع في هذا الزمان على اختلاف أنواعه حتى صار من أكبر المعاملات ، بحيث يتفقون مع المقاولين ومع الشركات على بناء العمارات العظيمة ذات الطوابق والشقق وكذا المدارس والمستشفيات والطرق وحتى المساجد والبيوت الصغيرة والكبيرة ، كلها انما تبنى غالبا على سبيل الاستصناع بالصفات المتفق عليها بينهما .

حتى صار من الأمر العرفى الجارى به النظام في كل بلد .

ويوجد في نصوص الفقه مايقرب من صفته وماينبغى أن يقاس عليه في القول بصحته . من ذلك عقد السلم ، فانه عقد على موصوف في الذمة معدوم حال العقد بثمن مقبوض .

ومن ذلك البيع بالصفة الذى ذكره فقهاء الحنابلة في كتابهم وحكموا بصحته والصفة نوعان :

❖ **الأول : صفة معينة :** كأن تقول : ابيعك عبدى الفلانى أو بعيرى الفلانى الذى صفته كذا وكذا ، ويستقصى فى أوصافه كما يستقصى فى أوصاف السلم .

❖ **والنوع الثانى : الصفة غير المعينة :** كأن يقول ابيعك عبدا أو بعيرا صفته كذا وسنه كذا ويستقصى صفته كما فى السلم ويصح العقد فى كلا الصفتين بشرط أن يسلم الثمن حال العقد قبل التفرق ولايصح فيما لايصح السلم فيه ، كالبنيان ونحوه فهذا ونحوه مما ينبغى أن يقاس عليه جواز الاستصناع اذ هو نظيره فى الحكم والمعنى خلاف ماذهب اليه الفقهاء من القول منهم بمنعه .

والأصل في الاستصناع أن يعمل الصانع الصناعة في محله كما يعمل النجار الأبواب في موضع نجارته والحداد يعمل الشبائيك ونحوها في موضع الحدادة ، فإن جاء بها مطابقة للأوصاف أخذها المستصنع وإن لم تطابق الأوصاف ردها على صاحبها .

أما استصناع البناء : فإنه يزيد اشكالا من جهتين :

الأول : من جهة كون المقاتل يعمل في أرض المالك مما لا سبيل إلى رده إلا بهدمه واتلافه .

والأمر الثاني : أنه بتجدد الأعصار أخذت مسائل الاستصناع التي يلزم بناؤها على مثل ما ذكره الفقهاء تختلف في مثل هذا العقد ، حيث ادخلوا فيها أشياء كثيرة من الشروط والتحديدات ، والغرامات مما يتغير الحكم بدخولها في عقده ، أضف إليه ادخال الكثير من الآلات والأدوات المتنوعة الجليلة والدقيقة مما قد يوجد في بلد العقد وقد لا يوجد .

* * *

تحديد المدة للاستصناع ووضع الغرامة على مازاد على المدة المضروبة

ان عقد الاتفاق الواقع على بناء العمارات والبيوت والفنادق والمستشفيات وغيرها قد ادخل فيه المتعاملون قيودا وشروطا تخرجه عن حكم الاستصناع الجائر الذي ذكره الفقهاء .

ومن ذلك تحديد مدة الانجاز ووضع غرامة على مازاد على المدة المحدودة عن كل يوم كذا وكذا يدفعها المقاول .

وهذه الغرامة بهذه الصفة لم يقل بجوازها أحد من الأئمة الأربعة لا الامام أحمد ولا مالك ولا الشافعي ولا أبو حنيفة ، وغيرها من الأضرار على المقاول ما لا يخفى على عاقل اذ قد تذهب بأعظم مقاولته التي هي بمثابة أجرته وحاصل تجارته : اذ كل المواد الموضوعة في البناء ملك للمقاول .

وقد ذكر الفقهاء من الحنابلة من أنه لا يجوز الجمع بين المدة والعمل في باب الاجارة ، وذلك بأن يقول : أريد أن تبني لى دارا بكذا ، بشرط أن تنجز في وقت كذا ، لوقوع ما يمنع التنجيز في المدة المضروبة .

وقد قالوا بمنع الجمع بين المدة والعمل في وقت كان البناء فيه سهلا ميسرا ولم يكن صعبا معقدا .

بحيث أن العادة القديمة في انشاء المقاولات على البيوت والعمارات وسائر البنايات بأن جميع موادها متساوية متيسرة ، بحيث تبني بالطين والحجارة واللبن وتسقف بالأثل وجريد النخل وتلاص بالطين أو الجص ، وكل مواد البناء موجودة بداخل البلد أو بمحل العمل ، والأساتذة والعمال متيسرون وقت الطلب فالبناء كله بسائر أنواعه سهل مبسط غير عسير .

أما الآن وفي هذا الزمان ، فقد صارت المقاولات على البنايات ذات الشأن من الأمور الصعبة العويصة الشاقة ولايزال الناس يقومون ويتعدون في المحاكم في خصوص المنازعات والخصومات الناشئة عن الاختلافات في الصفات وتحديد الأوقات وفي الغرامات ثم ان ادخال الغرامة فيها زاد على المدة المحدودة هي مما أركسها في الجهالة وكانت سببا في اتساع شقة الخلاف مع الأسباب الناشئة عن عدم التطبيق ودخول الزيادة والنقص والتعديل والتبديل .

وسببه أن العمارة الواحدة ذات الشئان والمؤسسة على النظام الحديث يدخل فيها من الآلات والأدوات مايزيد على خمسين مادة كلها تستجلب غالبا من الخارج كالبلدان الأوربية واليابان والهند والصين ونحوها .

مثل الحديد على اختلاف أشكاله وأدوات الكهرباء على اختلاف أنواعها وكذا السخانات وأنابيب المياه والأدوات الصحية على اختلاف أشكالها وكذا الأحواض والأصباغ على اختلاف أنواعها والبلاط الثخين والخفيف والأبواب والشبابيك والأسمنت وأشياء كثيرة مما نعرفه وما لانعرفه . وكل هذه الآلات والأدوات قد توجد في وقت وقد لاتوجد في وقت آخر مع كونها لاتنضب غالبا أو صافها لاختلاف أجناسها .

لهذا رأينا التجار يشكون أزمة تعطيل وصول البضائع التي من جملتها مواد البناء ، بحيث يعطون الموعد لوصولها في خلال ستة أشهر ، ثم يمضى مع الستة أشهر ستة أشهر أخرى الى نهاية السنة بدون أن يتحصلوا على وصولها ، لأسباب الموانع المقتضية للتأخير من عدم وجود سفن التحميل أو تعطيلها أو وقوع اضراب للعمال في بلدها ونحو ذلك .

أصف الى ذلك أن كل مادة من مواد البناء غانها تحتاج بطبيعة الحال الى حذاق وصناع من المهندسين والعارفين لوضع الأشياء في مواضعها اللازمة بها من نجارين وحدادين وصباغين وغيرهم . وليس من الممكن الحصول عليهم وقت طلبهم لكثرة أعمالهم وطلب الناس لهم ، فكانوا يعدون الشخص للحضور الأسبوع بعد الأسبوع ومن المعلوم أنه لايقوم غيرهم مقامهم في اتقان أعمالهم . وقد لاح الطمع بكثير من المالكين في الغرامة على مازاد على المدة المحدودة فصاروا يعاملون المقاولين بالترديد والتلديد مما يعرقل سير عملهم بقولهم : هذا لا يصلح ، وهذا لا يصلح ، حرصا على انسحاب الأيام حتى تزيد على المدة المحدودة فتكثر بسببها الغرامة على المقاول .

لهذه الأسباب صار انجاز العمل عن وقته المحدود يتأخر اضطراريا لاختياريا وحتى التجار الذين لديهم المؤهلات المقتضية لانجاز عملهم ويبنون لانفسهم على حسابهم الخاص ، فانهم يقدرون لانتهاء عملهم بعشرة أشهر ، ثم يمضى مع العشرة عشرة أخرى بدون اتمامه واحكامه . . وهذا قد صار من الامر المعروف المسألوف عند كافة الناس .

أضف اليه ما يعرض للمقاول من عوز العمال وعدم وجود بعض المواد وكذا ما يعرض له مما يعرقل سير عمله من حوادث الزمان مثل الاهوية الشديدة والأمطار والسيول والحر الشديد والبرد الشديد وكل هذه تحكم على المقاول ولا يستطيع أن يحكم عليها .

إذا ثبت هذا فإن الحكم على المقاول بالزامه بالغرامة على ما زاد على المدة . مع العلم بهذه الأعذار أنه حكم عليه بالجور وعدم العدل ، ونتيجة هذا الحكم هو أن يستبيح المالك أكل مال المقاول وأجرة عمله وعرق جبينه ظلما بغير حق لأن الذين فرضوا هذا الشيء سموها غرامة أي ظلما ونكالا .

ولم يصح عن أحد من أئمة المذاهب الأربعة القول بصحته لأن هذا التحديد ووضع الغرامة على ما زاد عليه يقع غالبا من تكليف مالايسنطاع كما ذكرنا ذلك والله لا يكلف نفسا الا وسعها ، وإنما وقع منهم على حساب الظن والتخمين في الانجاز قصدوا به الحث والتحريض ، وقد اتفق الأئمة الأربعة على عدم اباحة هذه الغرامة بهذه الصفة . فلا يحكم بالزامها الا من يحكم باباحة الربا والقمار وسائر العقود المنهى عنها مما يتراضى عليه الناس من العقود الفاسدة . والله أعلم .

* * *

❖ الفصل الثامن : دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستصناع :

تمهيد :

في هذا الفصل سنحاول دراسة تصنيع العقارات والمباني الجاهزة مما يكثر السؤال فيها. وندرس بعض العقود التي شاع التعامل بها داخليا وخارجيا .

المبحث الأول : تصنيع العقارات :

ان العقارات التي تبني حاليا تلتبس على الكثير . . على ان المراد منها نفس المراد بالاستصناع . . الا انها تختلف عن الاستصناع من عدة امور هي :

الأول : من جهة كون الما قول يعمله في أرض المالك مما لاسبيل الى رده الا بهدمه واتلافه (١) .

الثاني : أنه بتجدد الأعصار أخذت مسائل الاستصناع التي يلزم بناؤها على مثل ما ذكره الفقهاء تختلف في مثل هذا العقد حيث أدخلوا فيها أشياء كثيرة من الشروط والتحديدات والغرامات مما يتغير الحكم بدخولها في عقده . أضف اليه ادخال الكثير من الآلات والأدوات المتنوعة الجليلة والدقيقة مما قد يوجد في بلد العقد وقد لا يوجد (٢) .

❖ أما فقهاء النظام الوضعي فقالوا (٣) : ينبغي أن يتعلق الاستصناع بتصنيع منقولات مادية . ولا تعتبر عقود استصناع : الاتفاقات التي يتعهد بمقتضاها ماقول بأن يشيد لحساب شخص ما عمل عقارى أو ثابت يلتزم بأن يقدم مواده اذ يكون حينئذ أمام مجرد استئجار للعمل والصناعة . فتصنيع العقارات لا ينطبق عليها عقد الاستصناع في الفقه الاسلامى والنظام الوضعي .

المبحث الثانى : تصنيع المباني الجاهزة :

الذى اراه بالنسبة لبناء العقارات الجاهزة أو التي تسمى « السابقة الصنع » أنها تعتبر استصناعا نظرا لما يلى :

(١) احكام عقود التأمين . آل محمود ص ٧٤ .

(٢) نفس المصدر السابق .

(٣) رسالة عقد الاستصناع لدافيد ص

١ — أنها ولو كانت في ملك المستصنع الا أنه يمكن الفسخ والارجاع بسهولة .. وذلك بفتحها ، وارجاعها الى صاحبها عند عدم المطابقة .. كالثوب . غانه لا يصنع الا وهناك جسم بشرى يلبس عليه .. فعند المخالفة للأوصاف ينزعه ليرجعه فعلى هذا .. تنطبق أحكام عقد الاستصناع على المباني الجاهزة .

٢ — مهما أدخل المقاولون أو الصناع أشياء جديدة أو دقيقة .. فما دام في الامكان ارجاعها .. فلا بأس في ذلك ولا ضرر .. ولو كانت غير موجودة في البلد الذي تعاقد عليه المتعاقدان .. فالوسائل الحديثة في النقل . واستعمال الآلات الكاتبة البرقية (٤) ، والحاكي ، والهاتف ، وغير ذلك من أنواع الآلات المستعملة في الاتصال تعين كثيرا على حل مشاكل الصناعة والتجارة وغير ذلك من التعامل بين البلدان بعيدة الأطراف .. وعلى هذا تكون الصناعات التي كثر في بلاد المسلمين في المباني الجاهزة داخلة في الاستصناع — والله أعلم .

* * *

(٤) الآلة الكاتبة البرقية : هي آلة لنقل الرسائل وهي شبيهة بالآلة الكاتبة الى حد كبير مع اضافة نظام كهربى يحول الرسالة الى رموز برقية ، ثم تطبع حسب رموز برقية معتمدة عالميا ، وتسمى (التلكس) .

* البحث الثالث : دراسة لبعض عقود الاستصناع المحلية والخارجية :

تمهيد :

هناك عقود استصناع تشهدها الساحة الاقتصادية في جميع البلدان ومنها المملكة العربية السعودية .. لكن هذه العقود تكون غالباً على نوعين رئيسيين هما :

الأول : وهي ماتكون داخل البلد نفسه بين الصانع والمستصنع « التعاقد المحلى » .

الثاني : وهي ماتكون بين بلد وآخر حيث يكون الصانع في بلد والمستصنع في بلد آخر أو بالعكس وتسمى « التعاقد الخارجى » .

التعاقد المحلى : فهو كثير في الحياة الاقتصادية ويتنوع الى أنواع كثيرة بحسب المادة المصنوعة ونوع الصنعة . فمن هذه العقود ماهو بسيط بين شخص (مستصنع) وآخر (صانع) بأدوات بسيطة مثلاً كمن يصنع للمستصنع حذاء كالنعال الزبيرية المشهورة فهي تدخل في هذا القسم .

وصورتها أن يذهب الشخص الى صانعها ويطلب منه أن يصنع له نعلاً ويصف له نوع الجلد ونوع الخرازة التى تستعمل فى الجلد .. ونوع الجلد المستعمل بالخرازة والمقاس والعدد .. ويتفقان على السعر والمدة . وهي فى الغالب للاستعجال .. لا للامهال .. وقد يدفع له شيئاً أو لا يدفع .

فيأتى المستصنع ويطلب النعال المطلوب صنعها من الصانع ويأخذه فان وجده على المطلوب أعطاه باقى القيمة ان كان قد دفع شيئاً أو يعطيه كل المبلغ ان لم يكن قد دفع ، فان لم يكن على المطلوب له حق الرجوع فيه ، وأخذ بدله مما يوافق ، أو يصنع له نعلاً آخر . وما تركه أخذه صانعه ليبيعه ولو بأقل السعر المطلوب منه لأنه أخطأ فى صنعه .

والا يتفقان على نسخ ما بينهما من عقد وهو قليل على ماأراه من عرف سائد الآن .

وهناك تعاقد داخلى تم داخل مصر نوره فيمايلى :

جاء فى الفتاوى المهدية (هـ) : سئل الألعى محمد العباسى : عن حادثة من طرف قاضى الجيزة مضمونها : ادعى رجلان على آخر . أن أحدهما

(هـ) الفتاوى المهدية فى الوقائع المصرية لمحمد العباسى ١٥٢/٣

اتفق معه على إنشاء مركب طولها ٢٧ شبرا كاملة الدوامس والخلق والدغة . ويكون له نصفها في نظير مبلغ ذكره دفعه للصانع .

فأحضر الصانع مايلزم لذلك . . وبعد الابتداء في انشائها حضر الرجل الآخر واشترى من الصانع النصف الآخر بمبلغ عينه دفعه له بشرط تميمها على الشرط الأول وأنها الى الآن لم تتم . وبلغ مقاسها بعد تركيب أضلاعها ٢٣ شبرا . وأنها يطلبان العامل بتميمها وتسليمها لهما . وأنها الآن موجودة بمكان كذا . .

أجاب بالاعتراف بالتوافق المذكور ، وأنه أنشأ مركبا طولها ٢٧ شبرا وآخرين طول كل واحد ٢٣ شبرا . وأنه باع نصف المركب البالغ مقاسها ٢٧ شبرا . التي أنشأها حسب التوافق مع أحدهما للآخر بالمبلغ الذي ذكره . . وأنه قبضه وأنها الى الآن لم تتم عمارتها .

فما الحكم في هذا التوافق ؟

الجواب :

أجاب : التوافق بين اثنين على أن يصنع أحدهما مركبا ويكون نصفها للمستصنع مع بيان أوصافها . ولم يذكر أجلا . « استصناع ان جرى به التعامل » . . والا لا يصح غيغسخ . الا اذا ذكر الأجل على سبيل الاستعجال فيصح بيعا لعدة .

وعلى فرض صحته استصناعا لايجبر أحدهما عليه . . فهو عقد غير لازم قبل العمل من الجانبين بلا خلاف . حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل .

وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذاك . حتى كان للصانع أن يبيعه ممن يشاء .

وأما اذا أحضره الصانع على الصفة المشروطة سقط خياره في ظاهر الرواية . ا. ه .

التعاقد الخارجى (الدولى) :

ومن التعاقد بالاستصناع الذى يتم بين دولة وأخرى اخترت عقدا بين المملكة العربية السعودية ومصر العربية . . وهذا العقد تم بين مؤسسة « كرا » بجهة والمهندس صبرى عياد بالقاهرة وقد تم التعاقد بأختصار على الوجه التالى :

✳ **الطرف الأول :** وهو المستصنع : مؤسسة كرا للمقاولات بجدة —
المملكة العربية السعودية .

✳ **الطرف الثانى :** وهو الصانع : المهندس صبرى عياد . مصر
العربية .

في ١٣٩٧/١/٧ هـ — تم فتح اعتماد مستندى في (البنك الأهلى
التجارى في جدة) بتعميده بفتح اعتماد مستندى غير قابل للرجوع فيه .
معززا بالبريد الجوى . لأمر المهندس صبرى عياد في القاهرة . . لحساب
مؤسسة كرا للمقاولات في جدة بمبلغ ٩٠٠.٠٠٠ ر. جنيه استرلينى لاغير .

وذلك قيمة استصناع حوالى ١٥ طن زائد ناقص ١٠ ٪ غورمات
حديد لبناء الجسور حسب الرسومات المسلمة للصانع من قبل المستصنع .
والقيمة تدفع حسب شهادة الوزن بسعر الطن ٦٠٠ جنيه
استرلينى وقد وضعت على الصانع بعض الشروط التى يستوثق
بها المستصنع .

من هذه الشروط : ١ — أن يقدم فاتورة تجارية على ثلاث نسخ .
الأصلية منها مصدقة من قبل السفارة السعودية في القاهرة والغرفة
التجارية .

٢ — قائمة تعبئة .

٣ — شهادة منشأ صادرة من الغرفة التجارية .

٤ — شهادة وزن .

٥ — أن يكون عمر الباكسة الناقلية لايزيد عن ١٥ سنة من تاريخ
الصنع .

٦ — وأن الشحن المجزا غير مسموح به .

ولما كان فتح الاعتماد فيه من القضايا التى لها صلة بدراسة البنوك
الاسلامية والتى تحتاج الى دراسة وافية ، وبيان رأى الشريعة الاسلامية
فيها . كالتأمين . والنسبة المئوية كعمولة يأخذها البنك على المستصنع ،
والعمولة الأخرى عن كل شهر يتأخر فيها المستصنع بالدفع . لهذا كله لم
نتطرق لهذا التعاقد . . بل نلمح له تلميحاً كمثال على الواقع .

*** الفصل التاسع : ماينتهى به عقد الاستصناع :**

بعد أن عرفنا أن عقد الاستصناع من عقود المعاوضات المسماة ذات الشخصية المستقلة عند الحنفية .. فهو ينتهى بما تنتهى به هذه العقود .. من وفاء المتعاقدين بالالتزامات المتبادلة التى يحتتمها العقد وهى :

أ - من جهة الصانع :

- ١ - القيام بالصنع للمادة الخام التى تكون عليه .
- ٢ - تسليم المطلوب صنعه الى المستصنع .
- ٣ - استلام الثمن المتفق عليه بينهما .

ب - من جهة المستصنع :

- ١ - اعطاء المواصفات المطلوبة للصنع الى الصانع عند التعاقد .
 - ٢ - استلام المطلوب صنعه .
 - ٣ - دفع الثمن للصانع .
- هذا كله عند اتمام الصنع على وفق الأوصاف المطلوبة ورضا المستصنع بها على الراى القائل .. بأن الاستصناع عقد غير لازم .
- وحتمية تنفيذ الالتزام عند من يرى أن الاستصناع عقد لازم كما تكلمنا عن هذا غيما سبق .

- ٤ - الإقالة من العقد من أحد المتعاقدين للآخر عند من يرى أن الاستصناع من العقود اللازمة .

*** موت الصانع :** ينتهى عقد الاستصناع أيضا بموت الصانع خلافا لعقد البيع الذى لايبطل بموت البائع وهو الذى يقابل الصانع فى عقد الاستصناع .

*** وجه هذا الراى :** الاستصناع له شبه بالاجارة من جهة أنه يبدأ وكأنه عقد اجارة . وينتهى على أنه بيع . حيث أن الصورة الواقعية له : أن المستصنع يطلب من الصانع صنع المطلوب فهو عقد اجارة تبلى الصنع وقبل التسليم .

فاذا ماتم الصنع واراد الصانع تسليم المطلوب صنعه للمستمنع ،
فانه يأخذ الثمن المتفق عليه « الذى يشمل قيمة المادة الخام + اجرة
الصنع » فهو بيع . فاذا مات الصانع فكأنه لازال فى مرحلة الاجارة ..
والاجارة تبطل بموت العامل .

وجاء فى البدائع (١) : بأن مما ينتهى به عقد الاجارة موت من وقع له
الاجارة الا لعذر .. والكلام على كيفية بطلان الاجارة بموت العامل يتطلب
منا بيان ذلك :

الاجارة عند الحنفية تنعقد ساعة بعد ساعة على وفق حدوث المنافع
شيئا فشيئا .. واذا كان كذلك فما يحدث من المنافع فى يد الوارث لم يملكها
المورث لعدمها .

والملك صفة الوجود لا العدم .. فلا يملكها الوارث ، اذ ان الوارث
انما يملك ماكان على ملك المورث .. فما لم يملكه يستحيل وراثته ..
بخلاف بيع العين لان العين ملك قائم لنفسه ، ملكه المورث الى وقت
الموت ، فجاز أن ينتقل الى الوارث .. ولأن المنافع لاتملك الا بالعقد ،
وما يحدث منها فى يد الوارث لم يعقد عليها .. فلا يثبت الملك غيها للوارث ..
والاصل أن الاجارة تبطل بموت المعقود له ولا تبطل بموت العاقد .

وصلة هذا بالاستصناع من جهة أن الصانع عندما يحول المادة
الخام الى المطلوب صنعه .. هذا العمل منفعة قدمها للمستمنع فهو
« الصانع » عامل من هذه الجهة قبل التسليم .. فلهذا يبطل الاستصناع
بموت الصانع . والله اعلم .

* * *

(١) البدائع ٢٦٧٢/٦ ومابعدها .

الخاتمة

وبعد أن فرغت بعون الله وتوفيقه مما أردت بيانه .. وبقي على أن
أختم رسالتي هذه ببيان أهم ما جاء فيها في النقاط الموجزة الآتية :

بحثت في الباب التمهيدى ثلاثة مواضيع .. أردت بالموضوع الأول ..
عرض عام لموقف الشريعة الاسلامية من العمل والصناعات ، وأعطاء
فكرة تاريخية عن الاستصناع وانتهيت الى أن الاستصناع كان موجودا منذ
القدم وإلى الآن .. وأن الشريعة الاسلامية ما جاءت لتقضى على كل عادات
ومعاملات الجاهلية قبل الاسلام .. بل منعت بعضها وأقرت البعض الآخر
مما هو صالح ، واشترطت على البعض الآخر شروطا تقوم ماهى عليه
ليوافق الشريعة الاسلامية .. ولهذا كان الاستصناع من العقود التى أقرها
الاسلام بشروط مخصوصة معينة سنذكرها — أن شاء الله .. لهذا كان
عقد الاستصناع عقدا لا وعدا عند جمهور فقهاء الحنفية .. فأردت في
الفصل الثانى بيان موقف الشريعة الاسلامية من العقود التى يتم ربطها
بين أطراف المتعاقدين فبحثت مدى حرية المكلف فى انشاء العقود ، وانتهيت
الى أن المكلف له حرية التعاقد بشرط عدم وجود مانع شرعى من نص
أو إجماع .. فعقد الاستصناع جائز من هذه الجهة ..

وفى النظام الوضعى درست رأيه فى مبدأ سلطان الإرادة وهو يتفق
مع مآثرته الشريعة الاسلامية فى حرية المكلف بشرط عدم وجود مانع
شرعى ..

أما الموضوع التمهيدى الثالث .. فقد كان التعاقد على المعدوم وهو
موضوع له صلة برسالتى هذه حيث أن موضوع رسالتى يتم التعاقد فيه
على معدوم .. وبينت رأى الشريعة الاسلامية فى التعاقد على المعدوم ..
وآراء الفقهاء فيه وناقشتها وانتهيت الى أن التعاقد على المعدوم ليس العلة
فى منعه كونه معدوما .. بل لعل أخرى كما يراها ابن القيم وهى الغرر
أو الجهالة المفضية للنزاع مثلا .. ثم أن الاستصناع كما يرى الحنفية ،
ولو أنه معدوم .. إلا أنه كالموجود حكما وذلك مثل : الطهارة للمستحاضة
جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تتضاعف الواجبات .

وقسمت الرسالة الى ستة ابواب ، وفي كل باب فصولا تتعلق به وهي
مايلي :

الباب الأول : استعرضت فيه مفهوم عقد الاستصناع عند أهل اللغة
والفقهاء المسلمين وأصحاب النظم الوضعية .. وبعد استعراض تعريفات
الفهاء ومناقشتها .. اخترت التعريف التالي للاستصناع عند أصحاب
الاتجاه الأول وهو : « عقد على مبيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه
مخصوص » .. أما أصحاب الاتجاه الثاني : فقد اخترت لهم تعريفا
للاستصناع عند كل واحد منهم ، وأساس التعريف عند أصحاب الاتجاه
الثاني مأخوذ من السلم عندهم .. لأن أصحاب الاتجاه الثاني : (المالكية ،
والشافعية ، والحنابلة) يعتبرون الاستصناع داخلا ضمن احكام السلم
مع اختلاف بسيط ذكرناه مفصلا في موضعه .. ثم بينا تعريف الاستصناع
عند النظام الوضعي .. وفي هذا الباب درست مسألة اختلف فيها فقهاء
الحنفية وهي : هل الاستصناع عقد أم وعد ؟ ورجحت الأخذ برأى جمهور
الحنفية على أن الاستصناع عقد وليس بوعد .. ولما كان عقدا درست
في الفصل الثالث العقد بصورة عامة : تعريفه والعلاقة بين العقد والتصرف
ثم درست العقود تقسيماتها عند الفقهاء وقارنت بينها وكان مما اخترت
له في هذا تقسيم للحنفية وآخر للحنابلة .

وفي الباب الثاني : درست مشروعية الاستصناع عند أصحاب الاتجاه
الأول (الحنفية) ورجحت جوازه ، وبينت أدلة الجواز وحكمة المشروعية ..
أما حكمه عند أصحاب الاتجاه الثاني (المالكية ، والشافعية ، والحنابلة)
فلم يكن مستوفيا للبحث عندهم .. الا أنني بقدر من العلم استطعت معرفة
حكمه عندهم .. فالمالكية : شبهوا الاستصناع بالسلم فجوزوا السلم
بالصناعات كفرهم من الفقهاء .. وأما الشافعية : فجوز استصناع السلعة
ان كانت من مادة واحدة .. أما ان كانت أكثر من ذلك فقد اشترط لجوازها
ضبط المواصفات منعا للفرار المؤدى للنزاع .. أما الحنابلة : فقد منعه
عندهم صراحة القاضي وأصحابه .. لكنهم أجازوا السلم بالصناعات ..
فجميع أصحاب الاتجاه الثاني جوزوا السلم بالصناعات .. لذا درست
حكم السلم عندهم وحكمة المشروعية وشروط السلم .. وبينت رأى الظاهرية
فيه ورأى الشيعة الجعفرية باختصار لعدم وجود أدلة في كتبهم التي عثرت
عليها واطلعت .

ودراسة عقد الاستصناع كعقد مستقل لم تظهر واضحة الا عند
الحنفية .. لذا أصبحت دراستي للاستصناع بعد هذا الباب في أكثر
فصوله خاصة بالحنفية .

غنى الباب الثالث : درست تكييف عقد الاستصناع .. فمنهم من رأى أنه بيع ، ومنهم من رأى أنه اجارة ، ومنهم من رأى غير ذلك .. فخرجت من يرى أن الاستصناع بيع فقد بعض مستلزمات البيع المطلق .. وبينت ماهى المستلزمات التى عقدها . ثم بينت تكييفه عند أصحاب النظام الوضعى : ومايقابل هذا التكييف فى الشريعة الاسلامية .

أما الباب الرابع : كان البحث فيه عن المقومات والشروط .. فالمقومات منها العام لكل عقد وهو ما بيناه بصورة مختصرة وركزنا على ما اتفق عليه الفقهاء على أنه ركن للعقد وهو الصيغة .. وبيننا المراد منها عند الفقهاء جميعا .. ثم ذكرنا أركان عقد الاستصناع فى النظام الوضعى .. أما الشروط فقد تكلمت عنها غبدات بالشروط العامة للاستصناع وغيره عند الفقهاء جميعا .. وسرت على أساس تقسيم الشروط الى ما يلى :

شروط الانعقاد ، شروط اللزوم ، شروط الصحة ، شروط النفاذ .

وكل واحد من هذه التقسيمات له شروط خاصة به وبينت رأى الفقهاء عند أصحاب الاتجاهين الأول والثانى فى هذه الشروط ثم تكلمت عن الشروط الخاصة للاستصناع وقلت أنها عند الحنفية ثلاثة : الأول : أن يكون المستصنع فيه معلوما .. فتكلمت عن مفهوم المستصنع فيه (المعقود عليه) وبينت الخلاف فيه ورجحت أن المعقود عليه فى الاستصناع هو العين لا العمل .. وعن الشرط الثانى : الذى يرى فيه الحنفية أن يكون مما يجرى فيه التعامل .. وفى هذا الشرط تكلمت عن مفهوم التعامل بين الناس وعن التعامل والقياس اذا تعارضا .. أما شرط التعامل فى الاستصناع : فقد بينت أن هذا الشرط هو ارتكاز عقد الاستصناع .. فلا بد أن يكون الاستصناع مما يجوز التعامل به وهو الأصح عند جمهور الحنفية .. وعن الاستصناع عقد على مبيع فهو نوع بيع .. وعقد البيع عقد لازم .. الشرط الثالث : (ضرب الأجل فى الاستصناع) تكلمت فى البداية عن مفهوم الأجل عند الحنفية ، وما المراد منه ؟ ورجحت أن الأجل يراد به عند اطلاقه الشهر فما فوق ، سواء بالسلم أم بالاستصناع ، وبينت خلاف الحنفية فى اشتراط ضرب الأجل ، ورجحت العمل بجواز ضرب الأجل . اذ أن الأجل اذا ضرب فى الاستصناع لا يغير معناه الى سلم .. فهو باق على معناه الاصلى وهو رأى صاحبين .. أما شروطه الخاصة فى النظام الوضعى فهي شروط المفاوضة .

وفي الباب الخامس : درست اللزوم وعدمه في عقد الاستصناع فقسمت الباب الى ستة فصول : بحثت في الفصل الأول : موقف عقد الاستصناع من العقود المسماة .. علما بأن هذا اللفظ اصطلاح حديث .. الا انى اردت وضع الاستصناع في موضعه المناسب . فالمعروف مثلا : ان عقد البيع عقد مسمى ومشهور بهذا الاسم وورد ذكره في القرآن الكريم .. والاستصناع عقد على مبيع فهو نوع بيع .. وعقد البيع عقد لازم .. لذا اردت بهذا الفصل معرفة اللزوم والالتزام في الشريعة الاسلامية فوصلت الى أن اللزوم هو من الشرع ، والالتزام من الانسان نفسه ، ويمثل هذه الدراسة كان البحث في النظام الوضعي .. وفي الفصل الثاني : قسمت العقود بالنسبة للزوم وعدمه وكانت تسعة عقود والعاشر هو الاستصناع .. هل هو لازم أم غير لازم .. غابو يوسف ومحمد يعتبرانه لازما في حالة رؤية المستصنع للشيء المصنوع .. في حين نجد أبا حنيفة يعتبره غير لازم والمجلة العدلية اعتبرته عقدا لازما منذ البداية وحتى النهاية .. وبما أن عقد الاستصناع وبعد التوافق بين الطرفين يمر بثلاث مراحل .. لذا اعطيت كل مرحلة من هذه المراحل حقها من البحث وركزت على مسألة اللزوم وعدمه في هذه المراحل بالنسبة للصانع والمستصنع ، وبينت خلاف الحنفية في هذه المراحل .. وفي الفصل الرابع : ابرزت رأيا مستقلا عند فقهاء الحنفية يرى أن الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته ، وأوردت مانوقش به هذا الرأي ووصلت الى نتيجة وهي أن العقد يصير لازما اذا مالتى الصانع بما استصنع موافقا للمواصفات المطلوبة .. اما قوله بأنه لازم منذ بدايته .. فهو رأي مرجوح .. وفي الفصل الخامس تكلمت عن الآثار المترتبة على العقد من حيث ملك الثمن والمستصنع فيه .. وبينت أن هذا الملك يكون غير لازم لأن الاستصناع عقد غير لازم ، وما يملكه انما يملكه ملكا غير لازم على رأى من يرى أن الاستصناع عقد غير لازم .. وفي النظام الوضعي بينت هذا الموضوع عندهم ووصلت الى أن عقد الاستصناع عقد لازم في النظام الوضعي .. مع اعطاء حق الفسخ للمستصنع دون الصانع كراى بعض الحنفية الذى اوردناه في هذا الباب .

وفي الباب السادس : جمعت امورا تتعلق بعقد الاستصناع ، واكثرها تتعلق بانتهاء وانهاء العقد .. فخياري الرؤية والعيب لهما تعلق كبير في الاستصناع من حيث ثبوت هذين الخيارين غيبه .. لذا تكلمت عنهما من

حيث ثبوتهما وشروطهما ومستقطات كل منهما .. وبينت بعد ذلك نظرية النظام الوضعى لخيار الرؤية والعيب ، ووصلت الى ان هذا الموضوع ليس له نظير في النظام الوضعى الغربى .. وفي الفصل الرابع : تكلمت عن مسألة يكثر حصولها في العقود وهى التنازع بين أطراف التعاقد .. فأثبتت أن حل التنازع فى هذا العقد يسرى عليه مايسرى على عقود المعاوضات المالية من أصول المحاكمات والمرافعات .. وفى الفصل الخامس درست الظروف الطارئة التى لها تعلق بعقد الاستصناع فعرفت: انه لاجابة لنا فى اللجوء الى استعمالها هذا على القول الراجع : فى ان الاستصناع عقد غير لازم .. ويمكن اللجوء اليها عند الأخذ فى القول المرجوح الذى يرى أنه عقد لازم .. وفى الفصل السادس : درست شرطا من الشروط لم يكن معروفا بهذا الاسم عند فقهاءنا الأقدمين وهو **الشرط الجزائى** فنتج عن هذه الدراسة .. أنه يمكن الأخذ به .. لأن من الاشياء فجميع أصحاب الاتجاه الثانى جوزوا السلم بالصناعات .. لذا درست التى جعلتنا نرجح الأخذ به .. هو دفع الضرر ومنع تفويت المنافع ، وسد أبواب الفوضى والتلاعب بحق العباد ، وسبب من اسباب الحفز على الوفاء بالعهود .. وكان اعتمادى فى هذا على فتوى هيئة كبار العلماء فى **المملكة العربية السعودية** .. ومن آراء المعاصرين فى عقد الاستصناع اخترت مادرسه الشيخ / عبد الله آل محمود عن الاستصناع ونقلته ماقاله مع بعض التحفظات على ماقال به .. اما فى الفصل الثامن : فكانت دراسة تطبيقية على عقد الاستصناع فى الداخل (المحلى) وفى الخارج (الدولى) أردت بهذا التطبيق اعلام القارئ الكريم بأن مثل هذا موجود فى الحياة الاقتصادية داخليا وخارجيا ومما درسته تصنيع العقارات فوصلت الى نتيجة تقول ان تصنيع العقارات ليس داخلا فى عقد الاستصناع .. اما تصنيع المبانى الجاهزة (السابقة الصنع) فهى داخلة فى عقد الاستصناع وذلك لعدة أسباب منها : ان هذا التصنيع لا يختلف عن تصنيع الثياب ، والخفاف حيث انه يمكن لاي خلل فى المبانى الجاهزة ارجاعها للصانع بسهولة ، وبدون مضرة .. وبانتهاء هذا البحث نأتى على نهاية الكلام عن عقد الاستصناع بالفصل التاسع حيث أبنت فيه ماينتهى به عقد الاستصناع سواء من جهة الصانع او من جهة المستصنع .

* * *

« ثبت المراجع »

أولا : التفسير :

- ١ — أحكام القرآن — أبو بكر أحمد بن على الرازى الجصاص — توفى سنة ٣٧٠ هـ — دار المصحف — القاهرة — تحقيق محمد الصادق محاوى .
- ٢ — تفسير القرآن الكريم — (المسمى أنوار التنزيل وأسرار التأويل) — ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازى البيضاوى (٧٩١ هـ) — دار المعهد الجديد للطباعة — القاهرة — ١٣٨٠ هـ .
- ٣ — تيسير العلى القدير لاختصار تفسير ابن كثير — محمد نسيب الرفاعى — الطبعة الأولى — بيروت — ١٣٩٢ هـ .
- ٤ — جامع البيان عن تأويل آى القرآن — أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى (٣١٠ هـ) ط ٢ سنة ١٣٧٣ هـ . مطبعة البابى الحلبي — القاهرة .

ثانيا : السنة :

- ١ — أرشاد السارى لشرح صحيح البخارى — شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلانى (٩٢٣ هـ) المطبعة الميمنية — القاهرة (١٣٢٧ هـ) مع تحفة البارى لذكرى الانصارى مع شرح النووى على مسلم .
- ٢ — التاج الجامع الأصول فى احاديث الرسول صلى الله عليه وسلم — أبو السعادات مبارك بن محمد بن الأثير (٦٠٦) ط ٣ (١٣٨١ هـ) . ومعه غاية المأمول شرح التاج الجامع الأصول .
- ٣ — سنن ابن ماجه — الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزوينى (٢٧٥ هـ) م الباب الحلبي — القاهرة (١٣٧٣ هـ) تحقيق محمود غزاد عبد الباقي .
- ٤ — سنن أبى داود — الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستانى (٢٧٥ هـ) — م السعادة (١٣٦٩ هـ) .
- ٥ — سنن النسائى :
للحافظ أبو عبد الرحمن بن شعيب بن على النسائى (٣٠٣)
المطبعة الهندية . ومعه شرح السيوطى وحاشية السندى .

- ٦ — عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذى — أبو بكر محمد بن عبدالله ابن العربى (٥٤٣ هـ) م دار العلم — دمشق .
- ٧ — فتح البارى بشرح صحيح البخارى — أحمد بن على بن حجر العسقلانى (٨٥٢ هـ) م السلفية .
- ٨ — كتاب الاعتبار فى بيان الناسخ والمنسوخ من الآثار — أبو بكر محمد ابن موسى بن عثمان بن حازم الهمذانى (٥٨٤ هـ) م الاندلس — حمص . ط ١ (٣٨٦ هـ)
- ٩ — مختصر صحيح مسلم للحافظ المنذرى — تحقيق محمد ناصر الالبانى — ط ١ (١٣٨٨ هـ) بإشراف الدار الكويتية للطباعة — الكويت .
- ١٠ — مسند الامام أحمد — أحمد بن حنبل (٢٤١ هـ) وبهامشه منتخب كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال م بيروت — المكتب الإسلامى . دار صادر .
- ١١ — منتقى الأخبار لشيخ الاسلام ابن تيمية مجد الدين عبد السلام ابن عبد الله الحرانى (٦٢١ هـ) مع نيل الأوطار .
- ١٢ — نصب الراية الى تخريج أحاديث الهداية — جمال الدين محمد بن عبد الله بن يوسف الزيلعى (٧٦٢ هـ) ط ١ (١٣٥٧ هـ) م دار المأمون — القاهرة .
- ١٣ — نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار — محمد بن على بن محمد الشوكانى (١٢٥٠ هـ) ط الأخيرة م البابى الحلبي — القاهرة .
- ١٤ — النهاية فى غريب الحديث والأثر — مجد الدين أبو السعادات المبارك ابن محمد الجزرى (ابن الأثير) (٦٠٦ هـ) . م دار احياء الكتب العربية — القاهرة .

ثالثا : كتب الفقه الإسلامى :

١ — المذهب الحنفى :

- ١ — اختلاف أبى حنيفة ، وابن أبى ليلى — أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم الأصبارى (١٨٢ هـ) ط ١ م الوفاء — القاهرة (١٣٥٧ هـ) .

- ٢ — الاختيار لتعليل المختار — عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى —
م البابى الطبى ط ٢ (١٣٧٠ هـ) .
- ٣ — الأشباه والنظائر — زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم المصرى
(٩٧٠ هـ) تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل — م الطبى — القاهرة
(١٣٨٧ هـ) .
- ٤ — الاشراف على مسائل الخلاف والاجماع لأبى بكر بن المنذر (٣٠٩ هـ
أو ٣١٠ هـ) — مخطوطة مصورة عن الأصل فى الرباط الأحمدى
بالمدينة المنورة تحت رقم (٢٨٩) وهى موجودة فى مكتبة الموسوعة
الفقهية فى وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية — الكويت .
- ٥ — بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع — علاء الدين أبو بكر بن مسعود
الكاسانى (٥٨٧ هـ) م الامام — القاهرة .
- ٦ — تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق — غفر الدين عثمان بن على الزيلعى
(٧٤٢ هـ) ط الثانية م الاميرية (١٣١٤ هـ) .
- ٧ — تحفة الفقهاء — علاء الدين السمرقندى (٥٣٩ هـ) م جامعة دمشق —
ط ١ (١٣٧٧ هـ) .
- ٨ — جامع الصدر الشهيد فى ترتيب الجامع الصغير للامام محمد بن الحسن
الصدر الشهيد — حسام الدين عمر بن عبد العزيز البخارى
(٥٣٦ هـ) — مخطوط رقم (٧٠) فى المكتبة المركزية — بجامعة الامام
محمد بن سعود الإسلامية .
- ٩ — حاشية بغية الالمعى فى تخريج الزيلعى على نصب الراية للزيلعى —
ط ١ (١٣٥٧ هـ) — م دار المأمون — القاهرة .
- ١٠ — حاشية الدرر على الفرر — أبو سعيد محمد بن مصطفى بن عثمان
الخادمى م دار السعادة التركية — مطبعة عثمانية (١٣١٠ هـ) .
- ١١ — حاشية رد المحتار على الدر المختار — شرح تنوير الأبصار — محمد
أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد الشهير (بابن عابدين)
١٢٥٢ هـ . ط ٢ (١٣٨٦ هـ) م الطبى — القاهرة .
- ١٢ — حاشية سعدى جلبى (٩٤٥ هـ) على العناية والهداية — مطبوع
على هامش شرح فتح القدير . ط ١ (١٣١٦ هـ) م بولاق — القاهرة .

١٣- حاشية الطحطاوى على الدر المختار - أحمد الطحطاوى الحنفى -
م بيروت (١٣٩٥ هـ) .

١٤- الدرر الحكام فى شرح غرر الحكام - محمد بن فراموز الشهر
بمنلاخسرو (٨٨٥ هـ) ومعه حاشية الشرنبلالى (١٠٩٦ هـ) .
م أحمد كامل (١٣٣٠ هـ) .

١٥- رسالة العرف مع مجموعة الرسائل لابن عابدين محمد أمين بن عمر
ابن عبد العزيز (١٢٥٢) هـ - م سى (١٣٢٥) هـ) .

١٦- رمز الحقائق فى شرح كنز الحقائق - بدر الدين ابو محمد محمود
ابن أحمد بن موسى العينى (٨٥٥هـ)م الامرية - القاهرة (١٢٨٥هـ) .

١٧- العناية - اكمل الدين محمد بن محمود البابرى (٧٨٦ هـ) مع شرح
فتح القدير - ط ١ (١٣١٦ هـ) . م بولاق - القاهرة .

١٨- الفتاوى الأسعدية - أسعد الدنى الحسينى (١١١٦ هـ) م الخيرية

١٩- الفتاوى الفياثية - داود بن يوسف الخطيب - ط ١ م بولاق -
القاهرة (١٣٢٢ هـ) . وبهامشها فتاوى ابن نجيم صاحب البحر
الرائق .

٢٠- الفتاوى المهدية فى الوقائع المصرية - محمد العباسى - م الأزهرية
ط ١ (١٣٠١ هـ) .

٢١- الفتاوى الهندية تعرف بالعالمكره - السلطان أبو المظفر محبى
الدين محمد أوزبك (١٠٧٠ هـ) م بولاق - القاهرة - ط ٢ (١٣١٠هـ)
بهامشها الفتاوى البزازية المسماة (الجامع الوجيز) محمد بن محمد
ابن شهاب المعروف بابن البزاز الكردي (٨٢٧ هـ) .

٢٢- شرح فتح القدير - كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام
(٨٦١ هـ) ط ١ (١٣١٦ هـ) م بولاق - القاهرة .

٢٣- المبسوط - شمس الدين محمد بن أحمد بن سهل السرخسى (٤٣٨هـ)
م . دار المعرفة بيروت - ط ٢ .

٢٤- الهداية مع شرح فتح القدير - على بن أبى بكر بن عبد الجليل
المرغينانى (٥٩٣ هـ) ط ١ (١٣١٦ هـ) م . بولاق - القاهرة .

٢ - الفقه المالكي :

- ١ - الاشراف على مسائل الخلاف - للقاضي عبد الوهاب بن على بن بصر البغدادي المالكي (٤٢٢ هـ) م الإدارة - القاهرة .
- ٢ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي (٥٩٥ هـ) ط ٣ (١٣٧٩ هـ) م الحلبي القاهرة .
- ٣ - التاج والاكلیل لمختصر خليل - أبو عبد الله محمد بن يوسف العيدري الشهير بالمواق (٨٩٧ هـ) مع مواهب الجليل للحطاب - م مكتبة النجاح - ليبيا - طرابلس .
- ٤ - حاشية الصاوي - أحمد بن محمد الصاوي المالكي (١٢٤١ هـ) مع الشرح الصغير للدردير - م دار المعارف - القاهرة (١٩٧٣ م)
- ٥ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير شمس الدين محمد بن أحمد غرفة الدسوقي (١٢٣٠ هـ) م المكتبة التجارية الكبرى - بيروت
- ٦ - حاشية الرهوني على الزرقاني - محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني بهامشها حاشية محمد بن المدني . ط ١ م . بولاق - القاهرة (١٣٠٦ هـ) .
- ٧ - الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الشهير بالدردير (١٢٠١ هـ) م . دار المعارف - القاهرة (١٩٧٣ م) .
- ٨ - الفروق - شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي (٦٨٤ هـ) ط أولى - ١٣٤٦ هـ - القاهرة .
- ٩ - المدونة الكبرى - رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الامام عبد الرحمن بن القاسم - ط أولى (١٣٢٣ هـ) م السعادة .
- ١٠ - المقدمات الممهدة لبيان ماقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات الشرعية لأهيات مسائلها المشكلات - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (٥٢٠ هـ) م السعادة .

١١ — الموافقات فى أصول الشريعة — لأبى اسحق الشاطبى إبراهيم
ابن موسى اللخمي الغرناطى (٧٩٠ هـ) م المكتبة التجارية — القاهرة .

١٢ — مواهب الجليل لشرح مختصر خليل — أبو عبد الله محمد بن
عبد الرحمن الطرابلسى المغربى المعروف بالخطاب (٩٥٤ هـ)
م النجاح — طرابلس — ليبيا .

٣ — الفقه الشافعى :

١ — الأشباه والنظائر . جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبى بكر
السيوطى (٩١١ هـ) م الحلبي — القاهرة (١٩٣٨ م) .

٢ — الأم — أبو عبد الله محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان الشافعى
(٢٠٤ هـ) م بولاق — القاهرة (١٣٢٩ هـ) .

٣ — تحفة المحتاج شرح على المنهاج — أبو العباس شهاب الدين أحمد
ابن محمد بن حجر الهيثمى (٩٧٤ هـ) م مصطفى محمد (١٣٠٤ هـ) .

٤ — الحاوى للفتاوى — جلال الدين عبد الرحمن أبو بكر محمد السيوطى
(٩١١ هـ) م السعادة — القاهرة — ط ٣ (١٩٥٩ م) .

٥ — روضة الطالبين — أبو زكريا يحيى بن شرف النووى دمشقى
(٦٧٦ هـ) م المكتب الاسلامى — دمشق .

٦ — شرح المنهاج لجلال الدين محمد بن أحمد المحلى .

٧ — فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب — أبويحيى زكريا بن محمد
الانصارى (٩٢٥ هـ) م الحلبي — القاهرة — (١٣٥٣ هـ) .

٨ — قواعد الأحكام فى مصالح الأنام — عز الدين بن عبد السلام
(٦٦٠ هـ) — هـ ١٣٥٣ هـ — م الاستقامة — القاهرة .

٩ — المجموع شرح المذهب — أبو زكريا محيى الدين بن شرف النووى
(٦٧٦ هـ) م التضامن الأخوى — القاهرة (١٣٥٢ هـ) .

١٠- المجموع للنووى - التكملة الثانية للمجموع - محمد بن نجيب
الطيلى م الامام - القاهرة .

١١- مختصر المزنى على هامش كتاب الأم - ابو ابراهيم اسماعيل
ابن يحيى بن اسماعيل المزنى (٢٦٤ هـ) م بولاق - القاهرة -
(١٣٢٩ هـ) .

١٢- المهذب - أبو اسحق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادى
الشيرازى (٤٧٦ هـ) م الحلبي - القاهرة .

١٣- النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب - محمد بن أحمد بن بطل
الركبى - م الحلبي - القاهرة . مع المهذب الشيرازى .

١٤- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - شمس الدين محمد بن أبى العباس
أحمد بن حمزة الرملى (١٠٠٤ هـ) م الحلبي - القاهرة (١٣٥٧ هـ)
بهامشها حاشية على نهاية المحتاج - على بن على الشبراملى
(١٠٨٧ هـ) .

١٥- الوجيز فى فقه الامام الشافعى - أبو حامد محمد بن محمد الغزالى
(٥٠٥ هـ) م الآداب والمؤيد - القاهرة (١٣١٧ هـ) .

٤ - الفقه الحنبلى :

١ - اعلام الموقعين عن رب العالمين - ابن القيم الجوزية (٧٥١ هـ)
تحقيق وضبط عبد الرحمن الوكيل م دار الكتب الحديثة - القاهرة .
(١٣٨٩ هـ) .

٢ - الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد
ابن حنبل علاء الدين أبو الحسن بن سليمان المرداوى . ط ١
(١٣٧٥ هـ) م السنة المحمدية - القاهرة .

٣ - تصحيح الفروع - علاء الدين أبو الحسن على بن سليمان المرداوى
الصالحى (٨٨٥ هـ) مراجعة عبد الستار أحمد فراج - مع الفروع
ط ٢ - م دار السعادة - القاهرة .

٤ - الشرح الكبير على متن المتنوع - شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن
ابن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى (٦٨٢ هـ) ط ١ ، ٢
(١٣٤٦ هـ ، ١٣٤٧ هـ) م المنار - القاهرة .

٥ — الفروع — شمس الدين المقدسى أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسى (٧٦٢ هـ) ط ٢ — م دار مصر للطباعة — القاهرة — مراجعة عبد الستار أحمد غراج .

٦ — القواعد النورانية الفقهية — شيخ الاسلام أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله المعروف بابن تيمية (٨٢٧ هـ) تحقيق محمد حامد فتى — ط ١ — ١٣٧٠ هـ — م السنة المحمدية — القاهرة .

٧ — الكافي — موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (١٢٠ هـ) ط ١ (١٣٨٢ هـ) منشورات المكتب الاسلامى — دمشق .

٨ — كشف القناع على متن الاقتناع — منصور بن يونس بن ادريس البهوتى (١٠٥١ هـ) م الحكومة — مكة (١٣٩٤ هـ) .

٩ — المغنى مع الشرح الكبير — أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة (٦٢٠ هـ) ط ١ ، ٢ (٣٤٦ هـ) ، ٤ (١٣٤٧ هـ) م المنار — القاهرة .

١٠ — المقنع — موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (٦٢٠ هـ) ط (١٣٢٢ هـ) م المنار الاسلامية — القاهرة — مع حاشية على المقنع لأحدهم (لم يذكر اسمه) .

٥ — مؤلفات حديثة :

١ — الاجارة — مصطفى كمال وصفى — بحث مطبوع على الآلة الكاتبة فى مكتبة موسوعة الفقه الاسلامى فى وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية — الكويت .

٢ — احكام عقود التأمين — عبد الله بن زيد آل محمود — م قطر الوطنية (١٣٩٣ هـ) .

٣ — اشتراكية الاسلام — مصطفى السباعى — ط ٢ (١٩٦٠ م) م دار المطبوعات العربية — دمشق .

٤ — الاقتصاد الاسلامى (مذهباً ونظماً) دراسة مقارنة . ابراهيم الطحاوى م الامرية القاهرة سنة ١٣٩٤ هـ .

- ٥ — درر الحكام شرح مجلة الأحكام — على حيدر — تعريب فهمى الحسينى — م بيروت .
- ٦ — شرح المجلة — سليم رستم باز اللبباني — ط ٣ م الأدبية — بيروت (١٩٣٢ م) .
- ٧ — العرف والعادة فى رأى الفقهاء — أحمد فهمى أبو سنة — م الازهر (١٩٤٩ م) .
- ٨ — الفرر أثره فى العقود فى الفقه الاسلامى — الصديق محمد الامين الضير ط ١ (١٣٨٦ هـ) .
- ٩ — مجلة الاحكام العدلية — ط ٥ (١٣٨٨ هـ) م شعاركو .
- ١٠ — مختصر أحكام المعاملات — على الخفيف — ط ٤ (١٣٧١ هـ) م السنة المحمدية — القاهرة .
- ١١ — المدخل الفقهى العام — مصطفى أحمد الزرقا م الف بء — دمشق — ط ٩ (١٩٦٧ م) .
- ١٢ — المدخل لدراسة الفقه الاسلامى — محمد الحسينى الحنفى — م دار النهضة العربية — القاهرة — ط ٣ (١٩٧٤ م) .
- ١٣ — مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان — محمد قدرى باشا — ط ١ (١٣٣٨ هـ) م المكتبة المصرية — القاهرة .
- ١٤ — مصادر الحق فى الفقه الاسلامى — د . عبد الرازق السنهورى — م دار المعارف — القاهرة (١٩٦٨ م) .
- ١٥ — المعاملات الشرعية المالية — أحمد ابراهيم بك — م النصر — القاهرة (١٣٥٥ هـ) .
- ١٦ — المعاملات فى الشريعة الاسلامية والقوانين العربية — أحمد أبو الفتوح ط ١ (١٣٣٢ هـ) م البسفور — القاهرة .
- ١٧ — المعاملات الضرورية فى المعاملات الشرعية — محمد عارف الجويجاني ط ١ . م الترقى — دمشق (١٣٤٥ هـ) .
- ١٨ — مناهج الاجتهاد فى الاسلام فى الأحكام الفقهية والعقائدية — د . محمد سلام مذكور . ط ١ (١٩٧٣ م) م المصرية — الكويت .

- ١٩- الموسوعة الفقهية المصرية - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية
(١٣٨٦ هـ) م دار التحرير - القاهرة .
- ٢٠- النظام الاقتصادي في الإسلام - تقى الدين النبهانى - ط ٣
(١٣٧٢ هـ) .
- ٢١- نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون - زكى الدين
شعبان ط ١ (١٩٦٨ م) م دار النهضة العربية القاهرة .

رابعاً : أصول الفقه :

- ١ - الأحكام في أصول الأحكام - أبو محمد على بن حزم الاندلسي
الظاهري (٤٥٦ هـ) ط ١ (١٣٤٧ هـ) . م السعادة - القاهرة .
- ٢ - أصول مذهب الامام احمد بن حنبل (دراسة اصولية مقارنة) .
د . عبد الله عبد المحسن التركي . م جامعة عين شمس (١٩٧٤ م) .
- ٣ - روضة الناظر وجنة المناظر - الامام موفق الدين عبد الله بن احمد
بن قدامة . (٦٢٠ هـ) م السلفية - القاهرة (١٣٨٥ م) ،
- ٤ - القياس في الشرع الاسلامي - شيخ الاسلام ابن تيمية ، وتلميذه
ابن القيم - م السلفية - القاهرة (١٣٨٥ هـ) .
- ٥ - ملخص ابطال القياس والراى والاستحسان والتقليد والتعليل -
ابن حزم - م دار الفكر - ط ٢ (١٣٨٩ هـ) .
- ٦ - نظرية الاباحة عند الاصوليين - محمد سلام مذكور - ط ٢
(١٣٨٥ هـ) - القاهرة .
- ٧ - ارشاد الفحول - للشويكانى - محمد بن على الشويكانى . بدون
سنة طبع .
- ٨ - الأحكام - للامدى - سيف الدين أبو الحسن على بن أبى على
ابن محمد تعليق عبد الرزاق عفيفى ط ١ م النور .

خامساً : النظام الوضعى :

- ١ - شرح احكام عقد المعاولة - محمد لبيب شنب - م دار النهضة
العربية - القاهرة - (١٩٦٢ م) .

- ٢ — عقد الاستصناع — رسالة دكتوراه من باريس سنة (١٩٣٧ م)
مطبوع على الآلة الكاتبة — في مكتبة المعهد الفرنسي — بالقاهرة .
لؤلؤها : داغيد غرانسكوا .

2 — LEMARCH A FACON-Francois DAVID.

- ٣ — المبادئ القضائية لأحكام محكمة التمييز العراقية — عبد الرحمن
العلام م العاني — بغداد (١٩٥٧ م) .
٤ — مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري — م دار الكتاب
العربي — القاهرة .
٥ — نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية —
د. عبد الناصر توفيق العطار — الكتاب الأول في مصادر الالتزام —
م السعادة — القاهرة — (١٩٧٥ م) .
٦ — نظرية العقد — عبد الرازق السنهوري — ط ١٩٣٤ م .
٧ — الوسيط في شرح القانون المدني الجديد — عبد الرازق أحمد
السنهوري — م جرينج — القاهرة (١٩٥٢ م) .

سادسا : معاجم اللغة :

- ١ — معجم متن اللغة — أحمد رضا .
٢ — المصباح المنير في غريب الشرح الكبير — أحمد بن محمد بن علي
المقري الفيومي (٧٧٠ هـ) .
٣ — لسان العرب — ابن منظور — جمال الدين أبو الفضل محمد بن جلال
الدين أبو العز مكرم (٧١١ هـ) .
٤ — مختار الصحاح — محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي — ترتيب
محمود خاطر .
٥ — الصحاح — اسماعيل بن حماد الجوهري (٣٩٣ هـ) .
٦ — تاج العروس — محمد مرتضى الزبيدي .
٧ — أساس البلاغة — أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري (٥٣٨ هـ) .

سابعاً : كتب التراجم :

- ١ — الأعلام — خير الدين الزركلى . ط ٣ — م بيروت (١٩٦٩ م) .
- ٢ — طبقات الفقهاء — طائش كبرى زاده — ط ٢ (١٩٦١ م) الزهراء الحديثة — الموصل .
- ٣ — المنهج الأحمد فى تراجم اصحاب الامام أحمد — أبو اليمن مجير الدين العليمى (٩٢٨ هـ) م المدنى — القاهرة (١٣٨٣ هـ) .

ثامناً : مصادر متنوعة :

- ١ — الاسلام ومشكلات الحضارة — سيد قطب — م دار احياء الكتب العربية — القاهرة (١٩٦٢ م) .
- ٢ — معركة الاسلام والراسمالية — سيد قطب — ط ٢ (١٣٨٦ هـ) .
- ٣ — المرشد الى آيات القرآن الكريم وآياته — محمد فارس بركات — ط ٣ (١٣٨٨ هـ) م دمشق .
- ٤ — مجلة البحوث الاسلامية — مجلد ١ — عدد ٢ ، صادر عن هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية — الرياض .

* * *

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٧	المقدمة
٨	خطة البحث
١٣	الباب التمهيدي
	الفصل الأول : العمل والاستصناع
	المبحث الأول : أهمية العمل في الشريعة الإسلامية
١٧	المبحث الثاني : لمحة تاريخية عن الاستصناع
٢٠	الهدف من المعاملات في الاسلام
	المبحث الثالث : الاستصناع بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية
٢٢	الفصل الثاني : مدى حرية المكلف في انشاء العقود
	تمهيد
	المبحث الأول : مجمل الآراء حول الموضوع
٢٣	رأى الحنفية
٢٤	رأى المالكية ، الشافعية
٢٥	رأى الحنابلة
	المبحث الثاني : أدلة القائلين بأن الأصل في العقود الإباحة
	من الكتاب
٢٨	من السنة
٢٩	الاعتبار
	المبحث الثالث : أدلة الراى الثانى القائل بأن الأصل في العقود الخطر
٣٠	١ - الكتاب
	٢ - السنة
٣١	٣ - المعقول
٣٢	المبحث الرابع : خلاصة رأى ابن حزم
	مناقشته
٣٣	رد ابن تيمية ما استدل به ابن حزم
	رد ابن تيمية للدليل العقلى الذى استدل به ابن حزم
	كلمة لابد منها

الصفحة	الموضوع
	المبحث الخامس : رأى النظام الوضعى فى مدى حرية المكلف فى
٣٦	انشاء العقود
	الخلاصة والترجيح
٣٧	الرأى الراجح
٣٩	الفصل الثالث : التعاقد على المعلوم
	المبحث الأول : حكم بيع المعلوم
٤٠	المبحث الثانى : علة منع بيع المعلوم عند الفقهاء ومناقشتها
	١ - أنه بيع غرر
	الرد على ذلك
٤١	٢ - أنه من بيع معاومة
	الرد على هذا الاستدلال
	٣ - أنه من بيع ما ليس عند الانسان
٤٢	الرد على هذا الدليل
٤٣	الجواب
	المبحث الثالث : رأى ابن القيم فى بيع المعلوم
٤٥	المبحث الرابع : القاعدة فى بيع المعلوم
	المبحث الخامس : الاستصناع وبيع المعلوم
	رأى الحنابلة فى الاستصناع
٤٦	توضيح
٤٨	رأى الحنفية
	رأى النظام الوضعى فى بيع المعلوم
٥٠	المناقشة
٥١	الباب الأول : مفهوم الاستصناع وهل هو عقد أم وعد ؟
٥٣	الفصل الأول : تعريف الاستصناع
	المبحث الأول : التعريف اللغوى للاستصناع
٥٤	الخلاصة
	المبحث الثانى : التعريف الاصطلاحى للاستصناع عند الفقهاء
	تمهيد
	الفرع الأول : تعريف الاستصناع عند اصحاب الاتجاه الأول
٥٥	(الحنفية)
	الطريق الأول : التعريف بذكر صورة (أى بالرسم)
	ما تنفذه هذه الصور من نوع المسال المصنوع
٥٧	الطريق الثانى لتعريف الاستصناع (التعريف بالحد)
	الاتجاه الأول
٥٨	الاتجاه الثانى

الصفحة	الموضوع
٥٩	المقارنة
	التعريف المختار للاستصناع
	وجه الترجيح
٦٠	شرح التعريف
٦١	مقومات الاستصناع
٦٣	الفرع الثاني : تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني .
	تمهيد
	المطلب الأول : تعريف الاستصناع عند المالكية
٦٥	أنواع المسال المصنوع عند المالكية
٦٦	تعريف الاستصناع عند المالكية
	أساس التعريف
٦٧	شرح التعريف
	المطلب الثاني : تعريف الاستصناع عند الشافعية
	التمهيد
٦٨	السلم بالصناعات عند الامام الشافعي
	القسم الأول : السلف في الصناعات المكونة من مادة خام واحدة
٦٩	القسم الثاني : المصنوع من مادتي خام فأكثر ما عدا المادة المزينة
٧٠	تعريف الاستصناع عند الامام الشافعي
	ما جاء في كتاب الام
٧١	تعريف آخر للاستصناع عند الشافعي
٧٢	الترجيح
	المطلب الثالث : تعريف الاستصناع عند الحنابلة
	التمهيد
	تعريف الاستصناع عند الحنابلة
٧٣	أساس التعريف
	شرح التعريف
٧٤	المبحث الثالث : تعريف الاستصناع في النظام الوضعي
	التمهيد
	الفرع الأول : تعريف الاستصناع عند داغيد
٧٥	الفرع الثاني : تعريف الاستصناع في المذني العراقي
	الفرع الثالث : تعريف الاستصناع في المذني المصري
٧٦	المناقشة
٧٧	الفصل الثاني : الاستصناع عقد أم وعد
	المبحث الأول : مفهوم العقد والوعد
	الفرع الأول : تعريف العقد لفظة

الصفحة	الموضوع
	الفرع الثاني : تعريف العقد اصطلاحاً
٧٨	الفرع الثالث : مفهوم الوعد
	تعريف الوعد لغة
	تعريف الوعد اصطلاحاً
	المبحث الثاني : الفرق بين العقد والوعد والآثار المترتبة على هذا
	الفرع الأول : الفرق بين العقد والوعد
٧٩	المطلب الأول : الرأي الأول القائل بأن الاستصناع وعد لا عقد
٨٠	المطلب الثاني : الأدلة ومناقشتها
	المطلب الثالث : حكم الاستصناع على أنه عقد وليس بوعد والأدلة
٨٢	ومناقشتها
	أدلة الجمهور القائل بأن الاستصناع عقد وليس وعد
٨٥	الفصل الثالث : دراسة العقد بصورة عامة
	المبحث الأول : مفهوم العقد
	الفرع الأول : تعريف العقد لغة
٨٦	الفرع الثاني : تعريف العقد اصطلاحاً
	الفرع الثالث : تعريف العقد في النظام الوضعي . ورأي التشريعية
	فيه
٨٧	العلاقة بين العقد والتصرف
٨٨	المبحث الثاني : تقسيمات العقد في الفقه الإسلامي
	الفرع الأول : تقسيم العقود في كتاب البدائع
	الفرع الثاني : تقسيم العقود في كتاب المقنع
٨٩	المقارنة
٩٠	المبحث الثالث : المقومات الأساسية للعقد
٩٠	١ - صيغة العقد
٩١	٢ - العاقدان
	٣ - المعقود عليه
٩٣	الباب الثاني : حكم عقد الاستصناع
٩٥	الفصل الأول : حكم عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول
	المبحث الأول : رأي فقهاء الحنفية في عقد الاستصناع
	الفرع الأول : رأي جمهور فقهاء الحنفية
٩٦	الفرع الثاني : رأي المانعين للاستصناع
	المبحث الثاني : الأدلة
	الفرع الأول : دليل المشروعية عند أصحاب الاتجاه الأول
	المطلب الأول : أدلة المجيزين للاستصناع
٩٧	وجه الاستحسان

الصفحة	الموضوع
٩٨	وجه آخر للاستحسان
٩٩	المطلب الثاني : السنة
١٠٠	المطلب الثالث : الإجماع
	المطلب الرابع : المعقول
١٠٣	خلاصة القول
	الفرع الثاني : أدلة المانعين
	المنافسة والترجيح
١٠٤	المبحث الثالث — حكمة مشروعية عقد الاستصناع
	الفصل الثاني : حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني
١٠٦	وصلته بالسلم
	المبحث الأول : حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني
	الفرع الأول : حكم الاستصناع عند المالكية
١٠٨	مسألة الشروع في الصنع
	رأينا في المسألة
١١٠	الفرع الثاني : حكم الاستصناع عند الشافعية
١١٢	الصناعة بالقلب
	علة المنع عند الشافعية
١١٣	رأى المطيعي
١١٤	رأى أبو سنة ومناقشته
	الفرع الثالث : حكم الاستصناع عند الحنابلة
١١٥	السلم بالصناعات عند الحنابلة
	نوع الأموال المصنوعة
	صورة أخرى للاستصناع عند الحنابلة
١١٦	علة المنع
	الفرع الرابع : خلاصة رأى أصحاب الاتجاه الثاني في الاستصناع
١١٧	المبحث الثاني : حكم السلم في الصناعات عند أصحاب الاتجاه الثاني
	الفرع الأول : مشروعية السلم
	الفرع الثاني : أدلة المشروعية
	الكتاب
١١٨	السنة
	الإجماع
	الفرع الثالث : حكمة المشروعية
١١٩	الفرع الرابع : الشروط الخاصة بالسلم
	القسم الأول : الشروط المتفق عليها بين الفقهاء
١٢١	القسم الثاني : الشروط المختلف فيها بين الفقهاء
١٢٣	الفصل الثالث : حكم الاستصناع عند المذاهب الأخرى
	المبحث الأول : الظاهرية

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني : الشيعة الجعفرية	
الفصل الرابع : حكم الاستصناع في النظام الوضعي	١٢٤
الباب الثالث : تكييف عقد الاستصناع	١٢٥
الفصل الأول : تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول	١٢٧
المبحث الأول : جملة الآراء حول تكييف عقد الاستصناع عند الحنفية	
الفرع الأول : الاستصناع بيع	
الأمور التي خالف فيها الاستصناع البيع المطلق	١٢٨
أولا : اثبات خيار الرؤية	
ثانيا : اشتراط العمل في الاستصناع	
رأينا	١٢٩
رأى المخالفين في كون الاستصناع بيعا	
الفرع الثاني : الاستصناع اجارة محضة	١٣٠
في اجارة الصانع للعمل	١٣١
الاجارة على الصنع تختلف عن الاستصناع	١٣٢
الفرع الثالث : الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء	
الترجيح	١٣٣
الفصل الثاني : تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب النظام الوضعي	١٣٥
المقابلة في المدنى المصرى ذات شقين	
مقهاء القانون الوضعي	١٣٦
دافيد	
السنهورى	
المبحث الأول	١٣٧
الفرع الأول : الاستصناع عقد بيع لشيء مستقبلي	
المنافشة	١٣٨
الفرع الثاني : الاستصناع عقد مقابلة واقع على العمل	١٣٩
الفرع الثالث : الاستصناع عقد مقابلة ان كانت المسادة اقل قيمة	
من العمل ، وعقد بيع ان كان العمل اقل قيمة من المسادة	
الفرع الرابع : الاستصناع عقد مقابلة ابتداء بيع انتهاء	١٤٠
المبحث الثاني : الراى الراجح عند فقهاء النظام الوضعي	
الفرع الأول : الراجح عند السنهورى	
الفرع الثاني : الراجح عند دافيد	١٤١
الباب الرابع : المقومات والشروط	١٤٣
الفصل الأول : المقومات	١٤٥
المبحث الأول : المقومات العامة للاستصناع وغيره من العقود	
المبحث الثاني : ركن الاستصناع	
الفرع الأول : المراد بالصيغة	

الصفحة	الموضوع
١٤٦	الصيغة القولية
	المعاطاة
١٤٧	المبحث الثالث : أركان عقد الاستصناع في النظام الوضعي
١٤٨	الفصل الثاني : الشروط
	المبحث الأول : الشروط العامة للاستصناع وغيره
	تعريف الشرط لغة . واصطلاحاً
١٤٩	الفرع الأول : شروط الانعقاد
	المطلب الأول : شروط الانعقاد التي ترجع الى العاقد
	أ - أهلية التصرف
١٥٠	ب - أن يكون العاقد متعدداً
١٥١	المطلب الثاني : الشروط التي ترجع الى صيغة العقد
	المطلب الثالث : الشروط التي ترجع الى البديلين
١٥٢	المطلب الرابع : الشروط التي ترجع الى مكان العقد
	الفرع الثاني : شروط اللزوم
١٥٣	الفرع الثالث : شروط صحة العقد
١٥٤	شروط النفاذ
١٥٦	المبحث الثاني : الشروط الخاصة بالاستصناع
	الفرع الأول : يشترط في المستصنع فيه أن يكون معلوماً
	المعقود عليه في الاستصناع
١٥٧	أدلة الرأي القائل بأن المعقود عليه هو العين
١٥٨	أدلة الرأي القائل بأن المعقود عليه هو العمل
	المناقشة
١٥٩	الرأي الراجح
١٦٠	الفرع الثاني : أن يكون مما يجري فيه التعامل
١٦٣	العرف والقياس
	أن يكون مما يجري فيه التعامل
١٦٤	ما لا يجوز الاستصناع فيه
١٦٥	استصناع الآلات والمعدات
١٦٦	الفرع الثالث : اشتراط ضرب الأجل
	أنواع الأجل
	الأجل للاستعجال
١٦٧	الأجل للاستمهال
	دخول الأجل في السلم
	أدلة أصحاب الرأي القائل بأن أقل مدة في السلم هي شهر
١٦٨	دليل الفريق القائل بأن أقل مدة في السلم ثلاثة أيام
	مناقشة هذا الدليل
	دليل الفريق الثالث القائل بأن أقل مدة هي نصف يوم وأكثر

الصفحة	الموضوع
	دليل الفريق الرابع القائل بأن أقل مدة في الأجل يرجع فيها الى العرف والعادة
١٦٩	راينا
	ما المراد بالأجل المذكور في الاستصناع
١٧٠	ضرب الأجل في الاستصناع
	عند أبى حنيفة : يشترط أن لا يكون هناك أجل يضرب في الاستصناع الأدلة
١٧٢	رأى الصاحبين في اشتراط الأجل
	الأدلة
١٧٣	تأييد رأى أبى حنيفة
١٧٤	توجيه لرأى الصالحين
	مناقشة
	راينا
١٧٥	رأى آخر
	ملخص مسائل التعامل والجل السابقة الذكر
١٧٦	تنبيه
١٧٧	المبحث الثالث : شروط الاستصناع في النظام الوضعى
	شروط التراضى
	شروط الانعتقاد في التراضى
	شروط الصحة في التراضى
١٧٨	شروط المحل
	الشروط الواجب توافرها في العمل
	الشروط الواجب توفرها في الأجر
١٧٩	الباب الخامس : عقد الاستصناع بين اللزوم وعدمه
١٨١	الفصل الأول : موقف عقد الاستصناع من العقود المسماة
	مفهوم اللزوم في اللغة والاصطلاح
	مفهوم الالتزام
١٨٢	خلاصة ما تقدم
	موقف القانون الوضعى من اللزوم والالتزام
١٨٣	الفصل الثانى : تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه
	النوع الأول
١٨٤	النوع الثانى
	النوع الثالث
	موقف عقد الاستصناع من هذه الأنواع
	الفصل الثالث : المراحل التى يمر بها الاستصناع وحكم كل مرحلة من جهة اللزوم وعدمه . عند أصحاب الاتجاه الأول
١٨٦	

الصفحة	الموضوع
	البحث الأول : مرحلة ما قبل الصنع
١٨٨	المرحلة الثانية
١٨٩	المرحلة الثالثة
	عند عدم المطابقة للمطلوب صنعه
١٩٠	١ - بالنسبة للصانع
١٩٢	الرأى المختار عند الكاسانى
	مناقشة الكاسانى لرأى أبى يوسف فى الرواية الثانية
١٩٣	٢ - بالنسبة للمستصنع
	الفصل الرابع : الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى
١٩٥	نهايته
١٩٦	رأينا
١٩٧	الفصل الخامس : آثار عقد الاستصناع
	بالنسبة للصانع
	بالنسبة للمستصنع
	الفصل السادس : لزوم عقد الاستصناع أو عدم لزومه فى النظام
١٩٨	الوضعى
١٩٩	الباب السادس : أمور تتعلق بعقد الاستصناع
٢٠١	الفصل الأول : خيار الرؤية عند أصحاب الاتجاه الأول
	البحث الأول : شروط ثبوت خيار الرؤية
٢٠٢	البحث الثانى : وقت ثبوت خيار الرؤية
	البحث الثالث : حكم العقد عند قيام خيار الرؤية
٢٠٣	البحث الرابع : مسقطات خيار الرؤية
	الاختيارى والضرورى من المسقطات
	١ - الاختيارى
	٢ - الضرورى
٢٠٥	الفصل الثانى : خيار العيب عند أصحاب الاتجاه الأول
	البحث الأول : مشروعية خيار العيب عند الحنفية
	البحث الثانى : وقت ثبوت خيار العيب
	البحث الثالث : شروط ثبوت خيار العيب
٢٠٦	البحث الرابع : كيفية الرد بخيار العيب
٢٠٧	البحث الخامس : مسقطات خيار العيب
٢٠٨	الفصل الثالث : خيار الرؤية والعيب فى النظام الوضعى
	البحث الأول : خيار الرؤية
	البحث الثانى : خيار العيب

الموضوع	الصفحة
الفصل الرابع : التنازع بين طرفي عقد الاستصناع	٢٠٩
لا يمين على الطرفين
النزاع في عدم ضبط المواصفات
النزاع مع ضبط المواصفات	٢١٠
الفصل الخامس : الظروف الطارئة	٢١١
الفصل السادس : الشرط الجزائي في عقد الاستصناع	٢١٢
الفصل السابع : رأى المعاصرين في عقد الاستصناع	٢١٤
الاول : صفة معينة	٢١٦
النوع الثانى : الصفة غير المقيمة
اما استصناع البناء	٢١٧
تحديد المدة للاستصناع . ووضع الغرامة على ما زاد على المدة	
المضروبة	٢١٨
الفصل الثامن : دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستصناع	٢٢١
المبحث الاول : تصنيع العقارات
المبحث الثانى : تصنيع المبانى الجاهزة (السابقة الصنع)
المبحث الثالث : دراسة لبعض عقود الاستصناع المحلية والخارجية	٢٢٣
التعاقد المحلى
التعاقد الخارجى (الدولى)	٢٢٤
الفصل التاسع : ما ينتهى به عقد الاستصناع	٢٢٦
أ - من جهة الصانع
ب - من جهة المستصنع
موت الصانع
الخاتمة	٢٢٨
ثبت المراجع	٢٣٣

مطابع الشريم
الدمام - المملكة العربية السعودية
تلفون: ٨٤٣٢٩٦٣

LE MARCH. A. FAÇON

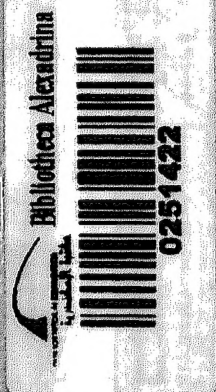
في هذا الكتاب

الاستصناع أو (عقد القاوله) درس دراسة مستفيضة في عصر العباسيين كمقد مستقل. وبفضل جهود العلماء المسلمين التي اعانهم الله عليها حققوا ما لم يحققه العلماء المعاصرين من اصحاب النظم الوضعية فهذا دافيد الفرنسي يذكر انه متدهش جداً لانتشار عقد الاستصناع مع عدم وجود تنظيم له في التقنين المدني الفرنسي ، ويعزى ذلك الى ان اصحاب هذا التقنين في سنة ١٨٠٤م لم يكونوا يعرفون هذا العقد.

نعم في هذه السنة ١٨٠٤م كانت النظم الوضعية لا تزال قاصرة عن دراسة ذلك العقد (الاستصناع) الذي اهتم به علماء الفقه الاسلامي قبل حوالي ١٢ قرن فماذا نسمى هذا الاهتمام وذلك الامل !

انها عظمة الاسلام وقدرته على حل مشاكل الناس الى ان تقوم الساعة.

المؤلف



الناشر
دار صالح للنشر والتوزيع
تلفون ٨٣٦٩٩١٣
ص.ب ٤٣٠٧ الدمام ٣١٤٩١
المملكة العربية السعودية